

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 239.105 van 14 september 2017
in de zaak A. 217.426/XII-7955**

In zake: 1. de NV BAM TRACK
2. de NV BAM CONTRACTORS
samen vormende de THV Betonac-Bam Track
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marco Schoups, Kris Lemmens en Kristof Hectors
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
De Burburestraat 6-8, bus 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

INFRABEL
naamloze vennootschap van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nathanaelle Kiekens, Ian Arnouts en Jannick Poets
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 29 oktober 2015, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van 31 augustus 2015 van verwerende partij waarbij de opdracht van werken ‘Lijn 27-Brussel Noord - Antwerpen Centraal, Baanvak Hove (KM 37.390) - stopplaats Morsel Liersesteenweg (KM 38.641), Vernieuwen van afwateringssysteem” aan nv Stadsbader wordt gegund en niet aan THV Betonac-Bam Track”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 juni 2017.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Kris Lemmens, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Ian Arnouts, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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. Infrabel schrijft een overheidsopdracht uit voor werken met als voorwerp “Lijn 27: Brussel Noord - Antwerpen Centraal. Baanvak Hove (km 37.390) - stopplaats Mortsel Liersesteenweg (km 38.641). Vernieuwen van het afwateringssysteem”.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 11 september 2014. De gunningswijze is de open aanbesteding.

Het bestek nr. 57/52/2/13/055 is op deze opdracht van toepassing.

Het voorwerp van de opdracht wordt als volgt omschreven:

“De aanneming omvat de uitvoering van de werken zoals ze bepaald zijn door de neergelegde plans, de opmeting gevoegd bij dit bestek en de diverse aanbestedingsbescheiden waarnaar verwezen wordt.

De werken zijn uit te voeren in hoofdspoor (dubbelspoor - geëlektrificeerd) in aanneming en bestaan hoofdzakelijk uit:

Spoorwerken:

- uitgravingen tussen en onder de sporen;
- onderstoppen, nivelleren en richten van sporen;
- eventueel regelen van de spanningen in de spoorstaven;
- aanleggen van voetpaden langs de sporen;
- het plaatsen, onderhouden en wegnemen van een tijdelijke snelheidsbeperking.

Bruggenbouw en andere kunstwerken:

- toepassen van een grondwaterbemaling;
- grondwerk (uitgravingen, aanvullingen) en verwerken van uitgegraven bodem;
- sloping van betonnen grachtsleuven, grachten van natuursteen, betonnen inspectieputten, afwateringsbuizen, kabelsleuven.

Drainage en afwatering:

- plaatsen van drainerende grachtsleuven, draineringsbuizen, inspectieputten, afwateringsbuizen, persbuizen.

Diversen:

- kabelwerken;
- aanleggen van nieuwe kabelsleuven met deksels;
- wegnemen kasten ES, voorlopig stapelen en terugplaatsen.”

3.2. Op 6 november 2014 dienen vier ondernemingen een offerte in: de nv Franki Construct voor een bedrag van 4.315.770,15 euro, de thv Betonac-Bam Track voor een bedrag van 3.050.000,00 euro, de nv Stadsbader voor 2.525.094,64 euro en de thv Stevens-CFE-Remacom voor 4.328.125,00 euro, bedragen btw inbegrepen.

3.3. Overeenkomstig artikel 98 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’ (hierna: koninklijk

besluit Plaatsing speciale sectoren), verzoekt de verwerende partij met een brief van 29 januari 2015 aan de laagste inschrijver, namelijk de nv Stadsbader, om een “verantwoording te verstrekken aangaande het prijsniveau van uw offerte”, en dit binnen een termijn van twaalf kalenderdagen.

Op 10 februari 2015 deelt de nv Stadsbader haar prijsverantwoording aan de verwerende partij mee.

Vervolgens richt de verwerende partij op 25 februari 2015 een tweede schrijven aan de nv Stadsbader, waarin zij haar de vraag stelt of in de prijsberekening rekening gehouden werd met artikel 79.6 van het tweede deel van het bestek inzake “Ter beschikking stellen van rollend materieel”.

Bij brief van 27 februari 2015 bevestigt de nv Stadsbader dat zij bij haar prijsberekening rekening heeft gehouden met voormeld artikel 79.6 van het tweede deel van het bestek.

3.4. In een interne nota van de verwerende partij van 10 maart 2015 wordt een volgende toelichting verstrekt bij het onderzoek van de abnormale prijzen:

“Voor de open aanbesteding van 06/11/2014 werden vier offertes ingediend.

De laagste offerte van de firma nv Stadsbader, ten bedrage van 2.525.094,64 ligt 31,40 % lager dan het gemiddelde berekend in toepassing van artikel 98 § 2. De inschrijver werd verzocht zijn schijnbare abnormale prijs te rechtvaardigen.

[...]

De firma geeft de volgende rechtvaardiging:

Voor het uitvoeren van de werken zijn de interventies van onderaannemers beperkt. Nagenoeg alle bouwactiviteiten moeten wel via de spoorlijnen georganiseerd worden, en vergen aangepaste machines, maar deze zijn op de huurmarkt beschikbaar. De werken kunnen voor het grootste deel in eigen beheer uitgevoerd worden. Dit kan enkel de doelmatigheid en de efficiëntie van het bouw- en productieproces versterken.

Voor de uitvoering van de werken kan de aannemer beroep doen op twee betoncentrales (en asfaltcentrales) op een relatief korte afstand, nl. in Puurs en Kallo. De firma Jacobs uit Deerlijk behoort tevens tot de groep. Kabel- en electriciteitswerken kunnen in eigen beheer uitgevoerd worden.

Desgevallend kan bovendien ook beroep gedaan worden op de firma Deckx. De beschikbare middelen van personeel en machines in de regio zijn talrijk aanwezig. De aannemer beschikt over zeer gunstige omstandigheden om de werken uit te voeren.

Voorvermelde punten werden onderzocht en zijn gegrond.

Stadsbader heeft ook de gedetailleerde prijsberekening van de 10 voornaamste posten van zijn offerte bijgevoegd. Deze posten vertegenwoordigen samen een bedrag van 1.251.119,51 of nagenoeg 50 %. Deze detailberekeningen werden onderzocht door de leidend ambtenaar die de prijzen als aanvaardbaar beoordeel[t].

Stadsbader verklaart ook uitdrukkelijk dat bij de prijsbepaling rekening is gehouden met artikel 79.6 (ter beschikking stellen van rollend materieel) van het bestek.

Rekening houdend met het voorgaande kunnen we besluiten dat de voornoemde rechtvaardiging aanvaardbaar is en dat wij de inschrijver in staat achten om de werken uit te voeren conform de bepalingen van het bestek. De offerte wordt bijgevolg als regelmatig beschouwd.”

3.5. Bij brief van 23 april 2015 verzoekt de verwerende partij aan de nv Stadsbader, als de laagst regelmatige inschrijver, om zijn verbintenistermijn te verlengen tot 1 september 2015.

De nv Stadsbader antwoordt op 4 mei 2015 dat de offerte met 13,2135% stijgt ten gevolge een aantal gewijzigde factoren, waaronder de veranderde situatie inzake de aanvankelijk minder gevuld orderboek van de nv Stadsbader op datum van aanbesteding (6 november 2014). Hierdoor bedraagt de nieuwe inschrijvingsprijs 2.858.748,02 euro, btw niet inbegrepen.

3.6. Bij brief van 9 juni 2015 vraagt de verwerende partij aan de nv Stadsbader om zijn stukken te bezorgen die deze prijsstijgingen voor de lonen, het materieel en het transport, de materialen en voor de onderaannemers zouden verantwoorden en om enkele elementen inzake de prijsverhoging nader toe te lichten.

Bij brief van 25 juni 2015 geeft de nv Stadsbader een meer gedetailleerd overzicht van de prijsstijgingen en voegt ter staving hiervan de offertes van de onderaannemers en de leveranciers toe evenals de nieuwe samenstelling van het orderboek van de nv Stadsbader per 31 mei 2015.

De verwerende partij deelt via een e-mailbericht van 7 juli 2015 mee dat de prijsverhoging wordt goedgekeurd.

3.7. Op 31 augustus 2015 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv Stadsbader ten bedrage van 2.858.748,02 euro.

De motivering luidt:

“De offerte ingediend door nv Stadsbader werd onderzocht overeenkomstig artikel 98 van het KB Plaatsing van 16.07.2012. Dit onderzoek wees uit dat de prijzen als regelmatig dienen te worden beschouwd.

Het totale offertebedrag ingediend door nv Stadsbader werd onderzocht overeenkomstig artikel 98, §2 van het KB plaatsing van 16.07.2012 en de firma heeft een aanvaardbare verantwoording verstrekt zodat de offerte als regelmatig wordt beschouwd.

De firma gaf de volgende rechtvaardiging:

Voor het uitvoeren van de werken zijn de interventies van onderaannemers beperkt. Nagenoeg alle bouwactiviteiten moeten wel via de spoorlijnen georganiseerd worden, en vergen aangepaste machines, maar deze zijn op de huurmarkt beschikbaar. De werken kunnen voor het grootste deel in eigen beheer uitgevoerd worden. Dit kan enkel de doelmatigheid en de efficiëntie van het bouw- en productieproces versterken.

Voor de uitvoering van de werken kan de aannemer beroep doen op twee betoncentrales (en asfaltcentrales) op een relatief korte afstand, nl. in Puurs en Kallo. De firma Jacops uit Deerlijk behoort tevens tot de groep. Kabel- en electriciteitswerken kunnen in eigen beheer uitgevoerd worden. Desgevallend kan bovendien ook beroep gedaan worden op de firma Deckx. De beschikbare middelen van personeel en machines in de regio zijn talrijk aanwezig. De aannemer beschikt over zeer gunstige omstandigheden om de werken uit te voeren.

Voorvermelde punten werden onderzocht en zijn gegrond.

Stadsbader bevestigt dat rekening gehouden werd met artikel 79.6 van het tweede deel van het bestek en heeft ook de gedetailleerde prijsberekening van de 10 voornaamste posten van zijn offerte bijgevoegd. Deze posten vertegenwoordigen samen nagenoeg 50 % van de offerte. Deze detailberekeningen werden onderzocht en als aanvaardbaar beoordeeld.

De verbintenistermijn verstreek op 05.04.2015. Aan de nv Stadsbader werd een verlenging van de verbintenistermijn tot 01.09.2015 gevraagd. De nv Stadsbader verklaarde akkoord te zijn met deze verlenging van de verbintenistermijn mits een prijsverhoging van 13,2135%. De firma heeft deze prijsverhoging na de opening van de offertes gerechtvaardigd door

de stijging van de kosten onderaanneming, van de materiaalkosten en van de kosten van lonen, materieel en transport. De aangebrachte elementen van rechtvaardiging werden onderzocht en de door de firma gevraagde prijsverhoging wordt aanvaard op grond van de bovenvermelde omstandigheden die zich na de opening van de offertes hebben voorgedaan. Door deze prijsverhoging wordt de rangschikking niet gewijzigd. Alle ingediende offertes waren conform.”

Dit is de bestreden beslissing.

3.8. De niet gekozen inschrijvers – de THV Betonac-Bam Track, de nv Franki Construct en de THV Stevens-CFE-Remacom – worden op 31 augustus 2015 bij aangetekende brief en faxbericht in kennis gesteld van de gunningsbeslissing.

De nv Stadsbader wordt op dezelfde datum eveneens in kennis gesteld van de gunning van de opdracht aan haar, met de melding dat die kennisgeving nog geen contractuele verbintenis doet ontstaan.

3.9. Bij aangetekende brief van 2 september 2015 vragen de verzoekende partijen aan de aanbestedende overheid om nadere toelichting te geven bij de gunningsbeslissing en meer bepaald om hen binnen de vijf kalenderdagen een “rechtvaardiging” te bezorgen van de prijsverhoging ten belope van 13,2135% van de offerte van Stadsbader. Zij verzoeken eveneens om aan hen een kopie te bezorgen van de gevoerde briefwisseling.

3.10. De verwerende partij deelt bij aangetekende brief van 9 september 2015 aan de verzoekende partijen mee dat zij eerst het akkoord dient te verkrijgen van de nv Stadsbader om de verantwoording voor de prijstoeslag te kunnen meedelen.

Bij aangetekende brief van 10 september 2015 maakt de verwerende partij de rechtvaardiging inzake de prijsverhoging over aan de verzoekende partijen, waarbij de vertrouwelijke bedrijfsinformatie in de brief onzichtbaar wordt gemaakt en met uitzondering van de bijlagen met de detaillering van de prijzen.

3.11. Op 17 september 2015 deelt de verwerende partij aan de nv Stadsbader de goedkeuring van haar offerte mee.

3.12. De verzoekende partijen vragen bij brief van 9 oktober 2015 aan de verwerende partij om tegen uiterlijk 16 oktober 2015 alsnog een kopie van de prijsverantwoording van de oorspronkelijke offerteprijs van de nv Stadsbader te bezorgen.

Bij aangetekende brief van 15 oktober 2015 antwoordt de verwerende partij dat de gunningsbeslissing voldoende motiveert om welke redenen de offerte van de nv Stadsbader als normaal werd aanvaard en dat het niet mogelijk is een kopie van de prijsrechtvaardiging van Stadsbader over te maken aangezien deze vertrouwelijke bedrijfsinformatie bevat, zoals detailberekeningen van de eenheidsprijzen en de offertes van onderaannemers.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Met verwijzing naar de arresten van de algemene vergadering van 1 februari 2013 met nrs. 222.357 en 222.358 werpt de verwerende partij op dat het beroep tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet toe te wijzen aan de verzoekende partijen, onontvankelijk is. De verzoekende partijen leveren namelijk op geen enkele wijze het bewijs dat de verwerende partij niet meer rechtsgeldig kan weigeren het voordeel van de gunning van de opdracht aan hen toe te kennen. Zij wijst erop dat de offerte van de verzoekende partijen meer dan 15% onder het gemiddelde bedrag van de ingediende offertes lag, waardoor de offerteprijs van verzoekende partijen als vermoedelijk abnormaal moet worden beschouwd zodat zich sowieso een nader prijsonderzoek zou opdringen.

5. De verzoekende partijen repliceren in hun memorie van wederantwoord dat de vernietiging van de expliciete beslissing om de opdracht aan de nv Stadsbader *ipso facto* met zich meebrengt dat niet aan hen werd gegund zodat indien de gunning zou worden vernietigd tegelijkertijd ook de weigering om het voordeel aan andere inschrijvers, waaronder zichzelf, toe te kennen, verdwijnt.

Beoordeling

6. De nietigverklaring van een expliciete gunningsbeslissing houdt in, zoals de verzoekende partijen terecht betogen in hun memorie van wederantwoord, dat daardoor ook meteen de weigering verdwijnt om de opdracht te gunnen aan de andere inschrijvers, waaronder zichzelf.

Niettemin heeft de Raad van State in dergelijke gevallen aangenomen dat een verzoekende partij, naast de vernietiging van de gunning aan de concurrent, supplementair ook de vernietiging kan vragen en verkrijgen van de uit de gunningsbeslissing gebleken impliciete weigering om de opdracht aan haarzelf toe te kennen. Deze jurisprudentiële techniek van de bijkomende vernietiging van de impliciete weigering dient evenwel aan uitzonderlijke gevallen voorbehouden te blijven. De verzoekende partij dient in dit verband dan specifiek aannemelijk te maken, in haar middelen, dat de opdracht aan haarzelf had moeten worden gegund.

De exceptie hangt bijgevolg samen met de grond van de zaak.

V. Vertrouwelijkheid van de stukken

7. De verzoekende partijen vragen de opheffing van de vertrouwelijkheid van de vraag tot prijsverantwoording van de verwerende partij evenals de prijsverantwoording van de nv Stadbader. Zij willen dat daarvan inzage aan hen wordt gegeven. Zij zien niet in waarom de prijsverantwoording van de nv Stadsbader niet ter inzage van hen zou kunnen worden gelegd, “indien noodzakelijk met het onzichtbaar maken van effectief vertrouwelijke bedrijfsinformatie”.

8. De verwerende partij heeft beide documenten aan het niet-vertrouwelijk dossier toegevoegd. Wat de prijsverantwoording van de nv Stadsbader van 10 februari 2015 betreft, is het evenwel een versie zonder bijlagen en met schrapping van de prijsinformatie, “gezien deze vertrouwelijke bedrijfsinformatie omvat, zoals detailberekeningen van eenheidsprijzen en offertes van onderaannemers”. Het gaat volgens haar om “uiterst commerciële

informatie zoals de door Stadsbader aangewende eenheidsprijzen, de detailberekeningen van de tien belangrijkste posten en de offertes van leveranciers van Stadsbader”.

9. In hun memorie van wederantwoord handhaven de verzoekende partijen hun verzoek tot opheffing van de vertrouwelijkheid.

10. In de laatste memorie benadrukken zij dat “deze stukken [...] essentieel [zijn] voor dit debat en de gunningsprocedure” en dat het “vanuit het oogpunt van de tegensprekelijkheid niet te verantwoorden [is] dat deze documenten aan het debat worden onttrokken”.

Beoordeling

11. De beide stukken waarvan de opheffing van de vertrouwelijkheid wordt gevraagd, zijn neergelegd als niet-vertrouwelijke stukken (stukken 4a en 4c). In zoverre is de vraag van de verzoekende partijen tot opheffing van de vertrouwelijkheid van deze stukken zonder voorwerp geworden. Weliswaar is bepaalde informatie op de prijsverantwoording van de nv Stadsbader onzichtbaar gemaakt en zijn de bijlagen niet bijgevoegd. De Raad van State ziet echter geen reden om ook de vertrouwelijkheid van deze informatie op te heffen, te meer nu de verzoekende partijen zelf in hun verzoekschrift aangaven genoeg te kunnen nemen met een mededeling van de prijsverantwoording waarbij de “effectief vertrouwelijke bedrijfsinformatie” onzichtbaar werd gemaakt en zij niet aannemelijk maken, dat de niet vrijgegeven informatie onterecht als “uiterst commerciële informatie” werd aangemerkt.

Voorts valt op te merken dat de Raad van State van deze informatie kennis kan nemen en deze in zijn onderzoek en beoordeling van de zaak mag betrekken.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

12. De verzoekende partijen voeren de schending aan “van de artikelen 98, §2 en 21, §3 KB Plaatsing Nutssectoren, de schending van de artikelen 4 en 5 van de Rechtsbeschermingswet, de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen [...], alsook de schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder de formele en materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel”.

Zij achten deze bepalingen en beginselen geschonden doordat:

“de bestreden beslissing verwijst naar een schrijven met prijsrechtvaardigingen van nv Stadsbader, zonder dat uit de gunningsbeslissing blijkt dat deze prijsrechtvaardigingen op een zorgvuldige wijze werden beoordeeld en deze prijsrechtvaardigingen van aard zouden zijn om het vermoeden van abnormaliteit van de prijs *in concreto* en daadwerkelijk te weerleggen voor een dergelijk significant afwijkende totaalprijs.

Terwijl uit art. 98, §2 KB Plaatsing Nutssectoren en uit art. 21, §3 KB volgt dat een offerte als substantieel onregelmatig dient te worden geweerd, indien zou blijken dat het totale offertebedrag effectief een abnormaal karakter vertoont en deze abnormale prijs niet objectief gerechtvaardigd is;

En terwijl uit de artikelen 4 en 5 van de Rechtsbeschermingswet volgt, dat een gunningsbeslissing gemotiveerd moet zijn en daarenboven de juridische en feitelijke overwegingen dient te bevatten op grond waarvan deze beslissing werd genomen, hetgeen impliceert dat, ingeval een aanbestedende overheid vermoedelijk abnormale prijzen vaststelt en hiervoor om prijsverantwoording verzoekt, de overheid uitdrukkelijk moet motiveren waarom deze prijzen dan toch niet abnormaal blijken te zijn. Deze motivering moet des te concreter en preciezer zijn, als de aanbestedende overheid het zelf noodzakelijk achtte om de prijsverantwoordingsprocedure toe te passen;

En terwijl uit de artikelen 2 en 3 van de Motiveringswet eveneens volgt dat een beslissing duidelijk de juridische en feitelijke overwegingen dient te vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen, wat een

rechtsonderhorige in staat moet stellen om met kennis van zaken desgevallend voor diens rechten op te komen.

En terwijl de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder de motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel veronderstellen dat de motieven in een bestreden beslissing dienen te worden onderbouwd door de concrete gegevens van het dossier en dat de aanbestedende overheid des te concreter en zorgvuldiger de beslissing moet motiveren op de punten die door haarzelf zijn beschouwd als mogelijke knelpunten in de gunningsprocedure.”

De verzoekende partijen lichten toe dat de motivering van de bestreden beslissing zich beperkt tot de opsomming van over het algemeen zeer vage rechtvaardigingen van de abnormale totaalprijs met als enige opmerking dat de punten werden onderzocht en gegrond of aanvaardbaar zijn, doch dat hieruit niet blijkt waarom precies de argumenten van de inschrijver werden aanvaard.

De verzoekende partijen bekritiseren vervolgens die punten elk afzonderlijk. Zij stellen dat die door de verwerende partij “klakkeloos” worden aanvaard zonder zorgvuldig onderzoek.

Wat de rechtvaardiging betreft inzake de beperkte interventie van onderaannemers, zien zij niet in hoe dit punt een dermate lagere afwijkende totaalprijs kan rechtvaardigen. Bovendien is de stelling van de nv Stadsbader dat de interventies van onderaannemers beperkt zullen zijn en dat het grootste deel van de werken in eigen beheer zal worden uitgevoerd, niet consistent met de rechtvaardiging van de prijsverhoging in het kader van de gestanddoenings-termijn waarbij zij aangaven dat “voor een zeer aanzienlijk bedrag van 860.762,00 euro (excl. AOW en BTW) voorzien was om te werken met onderaannemers – d.i. ongeveer zelfs meer als voorzien voor de eigen uitgaven voor lonen, materieel en transport, zijnde 819.947,17 EUR (excl. AOW en BTW”. Ook zien de verzoekende partijen niet in hoe het huren van aangepaste machines via de huurmarkt zou kunnen leiden tot een rechtvaardiging van een abnormale lage totaalprijs. De bewering dat het voorgaande de doelmatigheid en de efficiënte van het bouw- en productieproces zou versterken, wordt opnieuw niet onderbouwd.

Wat het punt over de dichtbij gelegen betoncentrales betreft, merken de verzoekende partijen op dat de aanbestedende overheid deze korte afstand zelf reeds terecht relativeert. Inderdaad blijken deze nog op ongeveer 25 kilometer te bevinden van de werfsite, wat niet echt dichtbij is en al zeker niet van aard om dergelijke aanzienlijke prijsverschillen te verantwoorden. De verzoekende partijen stellen zich de vraag of deze afstand beduidend korter is dan hetgeen gold voor andere inschrijvers, zodat dit het significante prijsverschil met de andere offertes kan verklaren. Zo beschikten de verzoekende partijen over een concurrentiële prijsofferte met een centrale te Massenhoven op slechts 17 km van de werf. Bovendien stellen de verzoekende partijen vast dat de levering vanuit deze betoncentrales 1.100 m³ gestabiliseerd zand en 850 m³ mager beton zal betreffen, een levering die in totaal slechts 3% van de totale prijs vertegenwoordigt. Dat de afstand tot betoncentrales “relatief” klein zou zijn, kon dus in ieder geval niet het significante prijsverschil in de totale offerte van de nv Stadsbader teweegbrengen.

Wat de verwijzing naar de tot de groep behorende ondernemingen betreft, betwisten de verzoekende partijen eveneens dat het loutere feit dat werken door verbonden vennootschappen zouden worden uitgevoerd, een dermate lagere afwijkende totaalprijs kan rechtvaardigen. Bovendien is opnieuw deze rechtvaardiging dat “desgevallend” een beroep kan worden gedaan op de onderneming Deckx en dat kabel- en electriciteitswerken in eigen beheer “kunnen” worden uitgevoerd, weinig concreet en precies. Hetzelfde geldt voor de zogenaamde beschikbare middelen van personeel en machines in “de” regio met verwijzing naar vennootschappen Jacops, “zetel te Deerlijk bij Kortrijk, ca. 95 km afstand” en Deckx, “zetel te Grobbendonk en Puurs, ca. 24 km afstand”. Er wordt op geen enkele manier aannemelijk gemaakt dat deze beweerde talrijke aanwezigheid in “de” regio, voor zover effectief bewezen, dermate decisief is dat ze abnormaal lage totaalprijzen kan verklaren. Opvallend is bovendien dat in het kader van de prijsverantwoording van de prijstoeslag naar aanleiding van de verlenging van de verbintenistermijn Jacops haar prijzen juist verhoogt, dit in tegenstelling tot een onderaannemer zoals Hako.

De verzoekende partijen menen voorts dat de niet nader gepreciseerde verwijzing naar de “zeer gunstige omstandigheden” vaag en nietszeggend is en dat de vermelding dat de nv Stadsbader bij de prijsopmaak rekening heeft gehouden met artikel 79.6 van het tweede deel van het bestek, in ieder geval de beduidende prijsafwijking van de nv Stadsbader niet kan rechtvaardigen aangezien de besteksbepalingen voor alle inschrijvers gelden.

Wat ten slotte de verwijzing betreft naar de gedetailleerde prijsberekening van de tien voornaamste posten, wijzen zij erop dat niet blijkt dat de verwerende partij zelf een zorgvuldige analyse van de eenheidsprijzen heeft verricht noch dat zij de overige posten, voor meer dan 50% in het totaal, waarin ook abnormale eenheidsprijzen kunnen voorkomen, heeft onderzocht.

De verzoekende partijen benadrukken dat de motivering van de gunningsbeslissing door de aanbestedende overheid uitvoerig, ernstig en afdoende moeten zijn én van aard om het sterke vermoeden van abnormaliteit – *in casu* een significant prijsverschil van 29% ten opzichte van de andere offertes – te kunnen weerleggen. De enkele samenvatting in de gunningsbeslissing van de door de nv Stadsbader gegeven verantwoording volstaat daartoe geenszins.

Met verwijzing naar rechtspraak van de Raad van State benadrukken zij dat het aldus duidelijk moet zijn waarom de overheid een motivering inzake een abnormale prijs aanvaardt: een loutere affirmatie dat de “verantwoording wordt aanvaard”, volstaat geenszins, niet in het minst indien de motivering van de inschrijver vaag en nietszeggend is en geenszins van aard om een prijsverschil van maar liefst 29% op de totaalprijs te verklaren.

13. In de memorie van wederantwoord blijven de verzoekende partijen erbij dat het niet volstaat om argumenten van een inschrijver over te nemen in een gunningsbeslissing, als deze nietszeggend of onjuist zijn en ook niet te controleren door de overige inschrijvers. De procedure van abnormale prijzen is in hoge mate een strenge, inhoudelijke toetsing; die toetsing of dat zorgvuldig onderzoek moet blijken uit de gunningsbeslissing. Daaruit blijkt echter nergens dat de gegeven prijsverantwoording ernstig is onderzocht door de verwerende partij, zeker nu de gegeven prijsverantwoordingen van de

nv Stadsbader slechts in zeer vage en algemene bewoordingen een aantal punten opsommen en op geen enkele wijze concreet onderbouwen hoe deze elementen een impact hebben op de prijzen. De Raad van State heeft wel degelijk de bevoegdheid om sanctionerend op te treden tegen een dergelijk onzorgvuldig handelende overheid en heeft dit ook al meermaals gedaan.

Wat de motiveringsplicht betreft, blijven de verzoekende partijen er tevens bij dat een aanbestedende overheid in haar gunningsbeslissing moet weergeven dat zij een gegeven prijsverantwoording met een eigen onderzoek ernstig en zorgvuldig heeft onderzocht en ook verduidelijkt waarom de onderzochte prijzen volgens haar aanvaardbaar zijn.

Wat de materiële draagkracht betreft van de elementen waarnaar wordt verwezen in de prijsverantwoording en die worden overgenomen in de bestreden beslissing, repliceren zij nog het volgende:

“2. a. De beperkte interventies van onderaannemers

38. Vooreerst dient opgemerkt te worden dat niet aangetoond wordt dat het loutere feit dat de werken grotendeels zelf zouden worden uitgevoerd met een beperkte interventie van onderaannemers (voor zover dit reeds correct zou zijn), een dermate lagere afwijkende totaalprijs kan rechtvaardigen.

Uw Raad zal overigens met de verzoekende partijen kunnen vaststellen dat een dergelijk percentage en een dergelijk bedrag geenszins kan worden gekwalificeerd als zijnde ‘beperkt’, maar integendeel een aanzienlijke som vertegenwoordigt, nl. 37,5% van het offertebedrag.

39. Ook is deze bewering van nv Stadsbader volstrekt tegenstrijdig met diens verantwoording van de prijsverhoging naar aanleiding van de verlenging van de gestanddoeningstermijn.

Het gaat niet op om te stellen dat de werken grotendeels in eigen beheer worden uitgevoerd enerzijds om een abnormale prijs te verantwoorden en anderzijds een aanzienlijke prijsverhoging toe te passen omwille van de stijging van de prijzen van de onderaannemers naar aanleiding van de verlenging van de gestanddoeningstermijn.

NV Stadsbader verklaarde in haar brief van 25 juni 2015 dat ze voor een substantieel deel van de opdracht beroep moet doen op onderaannemers. Zo blijkt dat oorspronkelijk voor een bedrag van 860.762,00 EUR (excl. AOW) voorzien was om te werken met onderaannemers. Dit is zelfs meer dan voorzien voor de eigen uitgaven voor lonen, materieel en transport, die men op 819.947,17 EUR (excl. AOW) begrootte. Een dergelijke prijsstijging staat uiteraard haaks op de verklaring van nv Stadsbader in het kader van het abnormale prijzenonderzoek, ‘dat de

interventies van onderaannemers beperkt zijn'. Het spreekt voor zich dat de vastgestelde tegenstrijdigheid de geloofwaardigheid en objectiviteit van beide verantwoordingen aantast.

Het is niet zo dat de verzoekende partijen deze cijfers 'verkeerd' voorstellen of interpreteren. Immers is het precies correct om uit te gaan van lonen en materieel als vergelijkingspunt met het aandeel onderaanneming, omdat de materialen die onderaannemers moeten leveren zeer beperkt zijn. Het is niet zo dat het een aanzienlijk verschil zou maken dat de materialen die de onderaannemer zou moeten leveren, mee in rekening moeten worden gebracht bij de prijs van de onderaanneming. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het volgende:

De Vuyst (spoorwerken): deze onderaannemer moet geen materialen aanleveren. Infrabel staat altijd in voor de levering van spoormaterialen (cfr. artikel 79.13 van de administratieve bepalingen en hoofdstuk 4 van het derde deel van het bestek);

Jacops (sein- en kabelwerken): deze onderaannemer moet ook bijna geen materialen aanleveren. Infrabel levert alle 'dure' items en materialen aan (zie hoofdstuk X2.1.1 (p. 202) van het bestek), zoals kabels, palen en borden, kabelsleuven, etc. De materialen die deze aannemers zelf moet leveren zijn veelal de 'hulpstukken' en funderingen. In de meetstaat (X2.3) zijn de leveringen door de aannemer voor dit hoofdstuk apart vermeld. Daar kan men zien dat het om zeer beperkte hoeveelheden gaat (post D2.100 tot en met D2.128).

Uit het voorgaande blijkt eens te meer dat het niet zo is dat de interventie van onderaannemers beperkt is. De aanlevering van materialen is zeer beperkt en zelfs verwaarloosbaar in het kader van deze opdracht en de cijfermatige vergelijking zoals hierboven uiteengezet is wel steekhoudend.

40. Verder geven noch nv Stadsbader, noch de verwerende partij concreet aan hoe de verantwoording dat 'het grootste deel' van de werken in eigen beheer gebeurt, zich cijfermatig vertaalt in een financieel verschil t.o.v. de andere inschrijvers.[...]

41. Tot slot is het niet zo dat de huur van machines 'aansluit' bij de bewering dat er veel van de werken in eigen beheer kunnen worden uitgevoerd en er slechts beperkt een beroep op onderaannemers moet worden gedaan.

Deze aangepaste machines worden ter beschikking gesteld via de huurmarkt zonder dat duidelijk gemaakt wordt hoe het huren van aangepaste machines via de huurmarkt zou kunnen leiden tot een rechtvaardiging van een abnormale totaalprijs.

42. Deze prijsverantwoording kan aldus niet overtuigen.

3.2.b. De nabijheid van betoncentrales

43. De verwerende partij tracht de kritiek i.v.m. de afstand van de betoncentrales tot de werf te weerleggen door te stellen dat het niet ondenkbaar is dat een verschil in afstand kan uitgroeien tot een belangrijk verschil in prijs.

Hier wringt net het schoentje. Immers toonde nv Stadsbader nergens aan dat dit in casu daadwerkelijk het geval is, zodat nv Infrabel deze algemene en vage verantwoording niet had mogen aanvaarden als rechtvaardiging voor een abnormale totaalprijs. Hetgeen aangetoond wordt door de verzoekende partijen (onder meer ook de verwijzing naar de concurrentiële prijsofferte van Adams-Polendam) is precies dat een beperkte transportafstand geen wezenlijk voordeel kan opleveren inzake dergelijk groot verschil qua totaalprijzen.

Wat betreft de betoncentrales in Puurs (23 km) en Kallo (27 km) die zich op een 'relatief' korte afstand van de bouwplaats zouden bevinden, merken de verzoekende partijen opnieuw op dat de aanbestedende overheid deze korte afstand zelf reeds terecht relativeert ('relatief'). Inderdaad blijken deze nog op ongeveer 25 kilometer te bevinden van de werfsite in Hove/Mortsel wat niet echt dichtbij de werfsite is en al zeker niet van aard is om dergelijke aanzienlijke prijsverschillen te verantwoorden. Daarenboven is ook niet duidelijk wat dan het voordeel zou zijn ten opzichte van bijvoorbeeld de verzoekende partijen.

De verzoekende partijen stellen zich de vraag of deze afstand beduidend korter is dan hetgeen gold voor andere inschrijvers, zodat dit het significante prijsverschil met de andere offertes kan verklaren. Zo beschikten de verzoekende partijen bij aanbesteding over een concurrentiële prijsofferte van de firma Adams-Polendam met een centrale te Massenhoven op slechts 17km van de werf.

44. Bovendien stellen verzoekende partijen vast dat de levering vanuit deze betoncentrales 1.100m³ gestabiliseerd zand en 850m³ mager beton zal betreffen, een levering die in totaal slechts 3% van de totale prijs vertegenwoordigt. Bovendien is de prijs voor het transport van deze materialen slechts een fractie van de 3 % van de totale prijs.

Deze leveringen zitten verspreid over meerdere posten en volgt uit de gedetailleerde calculatie van de verzoekende partijen:

Belangrijkste post voor het magere beton is C.12 (plaatsen van draineersleuven), waarbij de verzoekende partijen volgens hun berekening op 0.15m³ per meter komen als fundering (300m³ in totaal voor 2.030m);

- Andere posten zijn C.27 (PP-buizen d400 voor omleidingen) waarbij de verzoekende partijen 1m³ / m voorzien (dus 230m³ voor 230m) en C.28 (aansluitingen op bestaande drainages) waarbij de verzoekende partijen 1,1m³ per aansluiting voorzien (dus 82m³);

Voor de stabilisatie gaat dit vooral over fundering en omhulling van afwateringsbuizen:

o posten C.23-C.25 à ratio van 1,5m³/m = 165m³

o posten C.63-C.67 à ratio van 1,5m³/m = 458m³

Ook hieruit blijkt dat de duidelijke bewijzen van de verzoekende partijen uit hun context worden gehaald. Het blijkt immers dat het aandeel transport en dus de 'korte' afstand tot de betoncentrales, geen wezenlijk voordeel kon opleveren.

Dat de afstand tot betoncentrales beweerdelijk 'relatief' klein zou zijn, kon dus in ieder geval niet het significante prijsverschil in de totale offerte van nv Stadsbader teweegbrengen, zeker nu zij enkel beweert een

concurrentieel voordeel te hebben wat het onderdeel transport betreft en dit slechts een beperkte impact heeft op de totale leveringsprijs (laat staan het totale offertebedrag).

3.2. c. Het beroep op groepsvennootschappen

[...]

Het gaat niet over een detail, doch wel over één van de schaarse elementen die we in de bestreden beslissing terugvinden, waaruit zou moeten blijken dat het vermoeden van een abnormale prijs kan weerlegd worden.

Opnieuw dient opgemerkt te worden dat niet aangetoond wordt dat het loutere feit dat werken door verbonden vennootschappen zouden worden uitgevoerd, een dermate lagere afwijkende totaalprijs kan rechtvaardigen.

46. Bovendien is deze rechtvaardiging opnieuw weinig concreet en precies. De stelling dat ‘desgevallend’ beroep kan worden gedaan op de firma Deckx en dat kabel- en electriciteitswerken in eigen beheer ‘kunnen’ uitgevoerd worden, is geen bevestiging dat ook effectief zal worden beroep gedaan worden op de firma Deckx (voor zover dit al enige relevantie zou hebben om de abnormale totaalprijs te verklaren) en dat de kabel- en electriciteitswerken ook effectief in eigen beheer zullen worden uitgevoerd. De verwerende partij stelt dat het louter gaat om een taalkundige woordspeling, maar dit klopt niet: de verzoekende partijen lezen enkel wat er staat. Er kan enkel worden voortgegaan op de motivering, zoals deze is uiteengezet in de bestreden beslissing.

47. Hetzelfde geldt voor de zogenaamde beschikbare middelen van personeel en machines in ‘de’ regio met verwijzing naar groepsvennootschappen Jacops (zetel te Deerlijk bij Kortrijk, ca. 95 km afstand) en Deckx (zetel te Grobbendonk en Puurs, ca. 24 km afstand). Er wordt op geen enkele manier aannemelijk gemaakt dat deze beweerdelijke talrijke aanwezigheid in ‘de’ regio (voor zover effectief bewezen) dermate decisief is dat ze abnormaal lage totaalprijzen kan verklaren. Het verweer van de verwerende partij dat een afstand van 24 km gering is, doet hieraan geen afbreuk. Het moet gaan om een substantieel element, dat klaarblijkelijk en op het eerste gezicht decisief is.

48. Opvallend is ook dat in het kader van de prijsverantwoording van de prijstoeslag naar aanleiding van de verlenging van de verbintenistermijn de zogenaamd voordelige groepsvennootschap Jacops haar prijzen juist verhoogt (dit in tegenstelling tot een derde-onderaannemer zoals Hako).

3.2.d. De ‘gunstige omstandigheden’

[...]

De niet nader gepreciseerde verwijzing naar ‘zeer gunstige omstandigheden’ is vaag en nietszeggend. Er kan enkel voortgegaan worden op de motivering in de bestreden beslissing.

A posteriori beweert de verwerende partij in de memorie van antwoord dat deze gunstige omstandigheid in feite zou zijn geweest dat het orderboekje van nv Stadsbader ten tijde van de offerte ‘niet zo gevuld was’. De verzoekende partijen zien niet in waarom een niet gevuld

orderboekje een gunstige omstandigheid zou kunnen zijn of waarom dit gegeven van aard zou kunnen zijn om een abnormale prijs te kunnen rechtvaardigen.

3.2.e. Het respecteren van artikel 79.6 van het bestek

[...]

Dit kan in ieder geval de beduidende prijsafwijking van nv Stadsbader niet rechtvaardigen aangezien de besteksbepalingen voor alle inschrijvers gelden. Het is een evidentie dat een inschrijver bij de opmaak van zijn offerte rekening dient te houden met de inhoud van het bestek en zich hieraan dient te conformeren. Het verweer in de memorie van antwoord doet hieraan geen afbreuk. Er wordt enkel opnieuw gesteld dat nv Stadsbader hiermee rekening zou hebben gehouden.

3.2. f. De gedetailleerde prijsberekening van de 10 belangrijkste posten

[...]

De opgave van een detail van de 10 voornaamste posten is op zich geen rechtvaardiging van een abnormale totaalprijs op basis van objectieve factoren. Uit het gunningsverslag blijkt niet dat de overheid zelf een zorgvuldige analyse van de eenheidsprijzen heeft verricht doch dat nv Stadsbader deze enkel in het kader van de abnormale totaalprijs heeft opgegeven. Uit het gunningsverslag blijkt evenmin niet dat de overige posten (voor meer dan 50% in het totaal), waarin ook abnormale eenheidsprijzen kunnen voorkomen, zijn onderzocht.”

14. In de laatste memorie blijven de verzoekende partijen er bij dat uit de toe-eigening in de bestreden beslissing van de verstrekte prijsverantwoording geen zorgvuldig onderzoek blijkt. Tevens betwisten zij dat de formelemotiveringsplicht een aanbestedende overheid niet zou verplichten nog ruimer te motiveren waarom zij de verstrekte elementen van prijsverantwoording aanvaardt. Uit de bestreden gunningsbeslissing zelf kan niet worden afgeleid dat de prijsverantwoording van de nv Stadsbader op zorgvuldige wijze is onderzocht. Voor de verzoekende partijen was het derhalve niet mogelijk om uit de bestreden beslissing de redenen te deduceren waarom precies het vermoeden van abnormaliteit dat aan de gekozen offerte kleefde, zou zijn weerlegd. Bovendien is niet voldaan aan de vier traditionele in de rechtspraak ontwikkelde voorwaarden voor de toelaatbaarheid van een indirecte motivering door verwijzing.

De verzoekende partijen verwijzen voorts ook naar rechtspraak van de Raad van State waarin wordt bevestigd dat een aanbestedende overheid die kritiekloos een (ontoereikende) prijsverantwoording van een inschrijver

overneemt en in haar gunningsbeslissing nergens aangeeft hoe zij een eigen prijsonderzoek heeft gevoerd en waarom zij een vermoedelijk abnormale totaalprijs toch aanvaardbaar acht, onzorgvuldig handelt. Aldus benadrukken zij opnieuw dat de aanvaarding van de verstrekte prijsverantwoording alleszins de toets van de redelijkheid niet kan doorstaan. De elementen waarnaar wordt verwezen, kunnen niet overtuigen om het vermoeden van een abnormale prijs te weerleggen. De *a posteriori* motieven aan de hand van de prijsverantwoording van de nv Stadsbader tonen aan dat er geen ernstige verantwoording is en dat de verwerende partij onmogelijk de abnormale totaalprijs kon weerleggen.

Beoordeling

15. Overeenkomstig artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ dient bij een aanbesteding de opdracht te worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indient.

Artikel 21, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit Plaatsing speciale sectoren, luidt:

“§ 1. De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijsonderzoek. Op haar verzoek verstrekken de inschrijvers tijdens de procedure alle nodige inlichtingen om dit onderzoek mogelijk te maken.”

“§ 3. Behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten is deze paragraaf niet toepasselijk op de onderhandelingsprocedure.

Als 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 te uit te voeren prestaties en alvorens die offerte om die reden te weren, verzoekt ze de inschrijver in kwestie per aangetekende brief om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de prijs in kwestie te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt.

De inschrijver draagt de bewijslast van de verzending van de verantwoording.

De verantwoording houdt met name verband met:

1° de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;

2° de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren bij de uitvoering

van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten;

3° de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;

4° de naleving van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de prestaties worden uitgevoerd;

5° de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver.

De aanbestedende overheid onderzoekt de ontvangen verantwoording en herbevecht indien nodig de inschrijver.”

Overeenkomstig artikel 94, § 3, van dit koninklijk besluit is een offerte materieel onregelmatig en derhalve nietig in geval van onder meer een abnormale prijs als bedoeld in artikel 98.

In artikel 98, §§ 1 en 2, van voormeld koninklijk besluit wordt voorts het volgende bepaald:

“§ 1. Na voorafgaand artikel 97 te hebben toegepast, gaat de aanbestedende overheid over tot het prijsonderzoek overeenkomstig artikel 21.

§ 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.”

16. Indien voldaan is aan de voorwaarden gesteld in het eerste lid van artikel 98, § 2, heeft de aanbestedende overheid geen andere keuze dan het eventueel abnormale karakter na te zien van elke offerte waarvan het bedrag minstens 15% onder het gemiddelde bedrag van de door gegadigden ingediende offertes ligt.

Deze voorwaarden blijken in deze zaak te zijn vervuld wat onder meer de offerte van de nv Stadsbader betreft: deze ligt 31,40 % lager dan het gemiddelde. In dat geval diende de verwerende partij, overeenkomstig het laatste lid van deze bepaling, ofwel in de beslissing om de opdracht toe te wijzen de verwerping van het bezwaar tegen het schijnbaar abnormale bedrag van de offerte formeel te motiveren, ofwel de inschrijver te verzoeken om de nodige rechtvaardigingen te bezorgen. Dit laatste is hier gebeurd. De verwerende partij heeft de nv Stadsbader bij brief van 29 januari 2015 om een prijsverantwoording verzocht met toepassing van artikel 98, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing speciale sectoren.

De aanbestedende overheid beschikt bij het onderzoek van de door de inschrijver gegeven prijsverantwoording over een ruime discretionaire bevoegdheid om deze al dan niet te aanvaarden en de Raad van State mag zich, desgevraagd, gesteld voor de toetsing van dergelijke beoordeling, niet in de plaats stellen van het bestuur, maar hij mag wel nagaan of het bestuur niet onzorgvuldig heeft gehandeld. Een inschrijver mag zich niet beperken tot vaagheden en algemeenheden.

17. Wat de aangevoerde schending betreft van artikel 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991, moet de bestreden beslissing de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die daaraan ten grondslag liggen. De 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.

Voorts dient de aanbestedende overheid op grond van het geschonden geachte artikel 4, 8°, 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’ een gemotiveerde beslissing op te stellen wanneer zij de opdracht gunt. Op grond van het eveneens geschonden geachte artikel 5, 9°, van dezelfde wet bevat deze beslissing onder meer de juridische en feitelijke motieven die er aan ten grondslag liggen.

De verwerende partij aanvaardt de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver op grond van de overwegingen in de interne nota, hiervoor weergegeven onder randnummer 3.4. en een nagenoeg identieke motivering wordt opgenomen in de bestreden beslissing, hiervoor weergegeven onder randnummer 3.7.

Bijgevolg mag worden vastgesteld dat de bestreden beslissing een motivering bevat voor de aanvaarding van de prijsverantwoording, ook al beperkt deze zich tot een “loutere samenvatting” van de elementen aangebracht in de prijsverantwoording, die door de verwerende partij “werden onderzocht en [...] gegrond [bevonden]”. De vraag of deze verantwoordingselementen met de nodige ernst en zorgvuldigheid werden onderzocht en of de verwerende partij deze binnen de grenzen van de redelijkheid als toereikend mocht aanvaarden, hetgeen de verzoekende partijen eveneens betwisten, is een vraag die de materiële motivering of die van het zorgvuldig onderzoek betreft en die hierna zal worden besproken.

De verzoekende partijen tonen aldus niet aan waarom de gegeven formele motivering, ook al werd deze beperkt tot het zich “toe-eigenen van de prijsverantwoording” hen niet in staat stelde de gunningsbeslissing met kennis van zaken te betwisten zodat voldaan blijkt aan de formelemotiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan. De verzoekende partijen gaan eraan voorbij dat de gunningsbeslissing niet louter een verwijzing naar de prijsverantwoording bevat, doch dat de bestreden beslissing zélf de door de

nv Stadsbader gegeven verantwoording inzake “objectieve factoren” herneemt. De inhoud van de prijsverantwoording is de verzoekende partijen aldus bekend. Dat zij geen kopie ervan hebben mogen ontvangen vóór of samen met de gunningsbeslissing, is niet relevant, nu de door de verwerende partij aanvaarde elementen van die verantwoording in de bestreden beslissing werden hernomen. Bovendien maakt die prijsverantwoording deel uit van het administratief dossier, zodat zij daarvan inmiddels kennis hebben genomen, weliswaar met weglating van de vertrouwelijke cijfergegevens en bijlagen.

18. In de nota inzake het onderzoek van het door de nv Stadsbader verstrekte antwoord alsmede in de gemotiveerde beslissing worden de eerste twee door de nv Stadsbader in haar prijsverantwoording van 10 februari 2015 aangebrachte “objectieve factoren” hernomen en daarbij wordt gesteld dat die punten onderzocht werden en gegrond zijn. Tevens wordt verwezen naar de door nv Stadsbader bijgevoegde gedetailleerde prijsberekening van de 10 voornaamste posten die “50% van het aanbestedingsbedrag [vertegenwoordigen]” en wordt gesteld dat die detailberekeningen onderzocht zijn door de leidende ambtenaar die de prijzen als aanvaardbaar heeft beoordeeld.

De verzoekende partijen mogen worden bijgevalen in hun vaststelling dat de bijkomende verwijzing in de motivering naar de “zeer gunstige omstandigheden” niet nader wordt gepreciseerd. De verwerende partij stelt zelf dat deze vermelding louter een besluit of samenvatting betreft van de overige elementen van de prijsverantwoording. Voor zover zij nog verwijst in haar memorie van antwoord naar het oorspronkelijk niet gevulde orderboekje van de nv Stadsbader, kunnen de verzoekende partijen eveneens worden bijgevalen in zoverre zij doen gelden dat dit een *a posteriori* motief is, dat niet werd opgenomen in de bestreden beslissing. Zoals de verwerende partij zelf toegeeft, was dit element trouwens gewijzigd op het moment van de bestreden beslissing, en vormde die wijziging trouwens één van de voornaamste redenen voor het vragen van een prijsverhoging door de nv Stadsbader, naar aanleiding van de vraag tot verlenging van de verbintenistermijn.

De vermelding in de motivering dat de nv Stadsbader bij de prijsopmaak rekening heeft gehouden met artikel 79.6 van het tweede deel van

het bestek, betreft volgens de verwerende partij zelf geen motief ter aanvaarding van de prijsverantwoording van de nv Stadsbader. De verwerende partij licht in de memorie van antwoord toe dat dit element geen verband houdt met de oorspronkelijke vraag om prijsverantwoording en dat het een expliciete bevestiging is van de nv Stadsbader op een nadien door haar afzonderlijke gestelde vraag hieromtrent, waarnaar de verwerende partij omwille van de transparantie in de gunningsbeslissing heeft verwezen.

Vastgesteld wordt aldus dat de verwerende partij zich voor de aanvaarding van de totaalprijs van de nv Stadsbader eigenlijk op drie doorslaggevende verantwoordingelementen, aangebracht in haar prijsverantwoording, heeft gesteund: de beperktheid van de tussenkomst van onderaannemers, de nabijheid van beton- en asfaltcentrales en het beroep kunnen doen op een aantal vennootschappen die behoren tot de groep van Stadsbader. Daarnaast heeft de verwerende partij tevens de spontaan bezorgde gedetailleerde prijsberekening van de “10 voornaamste posten” onderzocht en mede in aanmerking genomen. De te beoordelen vraag is bijgevolg of de verwerende partij binnen de grenzen van de redelijkheid en van een zorgvuldige beoordeling mocht aannemen dat deze elementen apart en in hun onderlinge samenhang, en gecombineerd met de gedetailleerde prijsberekening de schijn van abnormaliteit die over de totaalprijs hangt, kunnen wegnemen. Wanneer de verwerende partij, zoals te dezen in het kader van haar beoordeling van de prijsverantwoording, meerdere aangevoerde verantwoordingselementen in aanmerking neemt, onderzoekt en aanvaardt, dient te blijken dat deze motieven, opdat het middel gegrond zou zijn, in hun geheel genomen niet afdoende zijn.

19. De nv Stadsbader beroept zich in haar prijsverantwoording op het feit dat de werken grotendeels zelf uitgevoerd worden met een beperkt beroep op onderaannemers. De verzoekende partijen betwisten het beperkt karakter ervan, alsook dat dit “loutere feit” een dermate lagere afwijkende totaalprijs kan verklaren. Wat dit laatste aspect betreft, merkt de verwerende partij terecht op dat ook al volstaat dit “loutere feit” op zich mogelijks niet om de lage totaalprijs te verantwoorden, dit niet betekent dat dit element niet mede samen met de andere aangebrachte elementen, in zoverre deze tevens overeind zouden blijven, de bestreden beslissing mede kan dragen.

De verzoekende partijen lijken in het algemeen ook niet te betwisten dat het motief dat hoe meer de werken in eigen beheer kunnen worden uitgevoerd en hoe minder het aandeel van de werken waarbij een beroep wordt gedaan op onderaannemers, wel degelijk mede een afdoend verantwoordings-element kan bieden. Het komt niet onaanvaardbaar voor dat hetzelfde werk kunnen uitvoeren in eigen beheer kostenbesparende gevolgen heeft voor de overheid: het werken met onderaannemers brengt immers eventuele meerkosten mee zoals de betaling van hun AOW en kosten verbonden aan de extra organisatie ervan.

Uit het administratief dossier blijkt dat de nv Stadsbader een beroep doet op onderaanneming bij de volgende werken: voor de “(door)persing” doet zij beroep op de nv Hako, voor de kabelwerken op de nv Jacops en voor de spoorwerken op de nv De Vuyst. Aangezien de onderaanneming van de nv Hako slechts één post (post C.68: het “horizontaal doorpersen” van gewapende betonbuizen van 600 mm) betreft, is het vooral de onderaanneming voor de spoorwerken en de kabelwerken die van belang is. Hoewel deze werken een niet onaanzienlijk aandeel van de posten betreffen, behelzen de gevraagde werken volgens het bestek naast de voormelde spoorwerken, ook de “bruggenbouw en andere kunstwerken”, de “drainage en afwatering” en “diversen”, waaronder de voormelde “kabelwerken”, zodat het niet geheel onaannemelijk is om het aandeel onderaanneming – dat volgens de verwerende partij 37,5% van het offertebedrag zou vertegenwoordigen – als beperkter dan het aandeel in eigen beheer te aanvaarden.

Daarbij komt dat één van de onderaannemers, namelijk de nv Jacops, een bij de groep van de nv Stadsbader verbonden vennootschap is en de nv Stadsbader dit element ook in haar prijsverantwoording vermeldt. Ook hier komt het niet onaannemelijk voor dat het werk kunnen uitbesteden aan vennootschappen die tot dezelfde groep behoren kostenbesparende gevolgen kan hebben. De omstandigheid dat de “zogenaamde voordelige groepsvennootschap Jacops haar prijzen juist verhoogt”, naar aanleiding van de gevraagde verlenging van de verbintenistermijn, omwille van gewijzigde omstandigheden, zoals een inmiddels ten opzichte van de indieningsdatum zeer gevuld orderboekje, spreekt niet tegen dat ten opzichte van een beroep op “derde-onderaannemers”, een

beroep op tot de groep behorende vennootschappen ook al blijven die formeel derde-onderaannemers, prijsverlagende gevolgen kan hebben, minstens laten de verzoekende partijen na het tegendeel voldoende in twijfel te trekken.

De nv Stadsbader verwijst niet alleen naar de nv Jacops, maar ook naar de nv Deckx, een bedrijf dat zij in 2009 overnam, en zich in “de regio” bevindt zodat volgens de prijsverantwoording “de beschikbare middelen en personeel in de regio [...] talrijk aanwezig [zijn]”.

20. De vermelding betreffende de huur van machines sluit in tegenstelling tot wat de verzoekende partijen betogen, wel aan bij de argumentatie dat de werken merendeels in eigen beheer kunnen worden uitgevoerd en er slechts een beperkt beroep op onderaannemers moet worden gedaan. De nv Stadbader nuanceert daarbij zelf deze argumentatie en vervolledigt ze: aangezien “nagenoeg alle bouwactiviteiten [...] [wel] via de spoorlijnen georganiseerd worden [...] vergen [deze] aangepaste machines maar deze zijn op de huurmarkt beschikbaar”, hetgeen de verzoekende partijen niet betwisten.

21. De kritiek van de verzoekende partijen op het door de nv Stadbader aangehaalde element dat zij voor de uitvoering van de werken niet alleen een beroep kan doen op een aantal tot de groep behorende vennootschappen, maar ook op twee betoncentrales “op relatief korte afstand”, is, hoewel deze kritiek niet volledig onjuist is, voorts niet van aard om, het weze bijkomstig en in beperkte mate, samen met de andere aangebrachte en meer doorslaggevende elementen, mede de prijsaanvaarding in redelijkheid te kunnen dragen. Voor zover de verzoekende partijen nog tegenwerpen dat ook zij beschikken over een dichtbij gelegen centrale, dient te worden opgemerkt dat ook hun offerteprijs onder de 15% drempel ligt, de tweede laagste is en dicht bij de totaalprijs van de gekozen inschrijver dan bij die van de twee overige inschrijvers ligt, die beide méér dan een miljoen euro hoger liggen dan die van de gekozen inschrijver en de verzoekende partijen. Overigens lijkt de betrokken prijsofferte niet van een eigen betoncentrale uit te gaan maar van een centrale te Massenhoven.

22. Daarbij mag ten slotte als zeer bepalend element bij de beoordeling niet uit het oog worden verloren dat de nv Stadsbader, spontaan in een bijlage van 32 bladzijden een gedetailleerde prijsberekening van de tien voornaamste posten heeft bezorgd, die worden gestaafd met de offertes van diverse onderaannemers en leveranciers. Die posten maken nagenoeg 50% van de offerte uit en betreffen de posten met de hoogste bedragen – de totaalprijs wordt dus in belangrijke mate bepaald door die posten. Deze detailberekeningen werden onderzocht door de leidende ambtenaar van de verwerende partij, wat blijkt uit de e-mailcorrespondentie die daarover werd gevoerd en deel uitmaakt van het administratief dossier. Met de verwerende partij mag worden aangenomen dat deze informatie de verwerende partij kon helpen bij haar beoordeling of er wel degelijk met correcte prijzen werd gewerkt.

Daarbij valt te dezen op te merken dat de verwerende partij slechts een verantwoording heeft gevraagd voor de totaalprijs en niet voor bepaalde eenheidsprijzen. De door de gekozen inschrijver verstrekte verantwoording en de beoordeling ervan door de verwerende partij dient aldus in het licht daarvan te worden onderzocht.

Ten overvloede merkt de Raad van State op dat bij vergelijking van de prijzen voor die tien spontaan door de nv Stadsbader toegelichte posten, moet worden vastgesteld dat de eenheidsprijzen van de nv Stadbader voor zes posten hoger zijn dan die van de verzoekende partijen en voor vier posten lager; evenwel blijken de prijzen van de vier inschrijvers voor die vier posten sterk te verschillen en is de nv Stadsbader niet de laagste voor al die vier posten. De verzoekende partijen tonen overigens niet overtuigend aan dat de verwerende partij nog een nader prijsonderzoek naar de eenheidsprijzen had moeten voeren.

23. De voorgaande vaststellingen volstaan om te oordelen dat de verwerende partij artikel 24 van de voormelde wet van 15 juni 2006, de artikelen 21, 94 en 98, van het koninklijk besluit Plaatsing speciale sectoren, de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel niet heeft geschonden door de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver te hebben aanvaard.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

24. De verzoekende partijen voeren de schending aan van “artikel 102 KB Plaatsing Nutssectoren, de schending van de artikelen 4 en 5 Rechtsbeschermingswet, de schending van de artikelen 2 en 3 Motiveringswet, alsook de schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder de formele en materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel”.

Zij achten deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de bestreden beslissing vermeldt dat in het kader van een verlenging van de verbintenistermijn, een prijstoeslag aan nv Stadsbader werd toegestaan van 13,21%; dat deze prijsverhoging door nv Stadsbader verantwoord wordt door een verwijzing naar de stijging van de kosten voor onderaanneming, lonen, materieel en transport en een negatieve prijsherziening, doch dat uit de bestreden beslissing niet blijkt dat de beweerdelijke omstandigheden die zich na de opening van de offertes zouden hebben voorgedaan op zorgvuldige wijze onderzocht zijn en de significante prijstoeslag van nv Stadsbader afdoende zouden verantwoorden.

Terwijl art. 102 KB Plaatsing Nutssectoren bepaalt dat een aanbestedende overheid aan een inschrijver slechts een prijstoeslag kan toestaan na een verzoek tot verlenging van de verbintenistermijn, indien deze inschrijver deze prijstoeslag kan verantwoorden op grond van omstandigheden die zich na de opening van de offertes hebben voorgedaan,

En terwijl uit de artikelen 4 en 5 van de Rechtsbeschermingswet volgt, dat een gunningsbeslissing gemotiveerd moet zijn en daarenboven de juridische en feitelijke overwegingen dient te bevatten op grond waarvan deze beslissing werd genomen, hetgeen impliceert dat, ingeval een inschrijver een significante prijsverhoging doorvoert na verlenging van de verbintenistermijn, de aanbestedende overheid uitdrukkelijk moet motiveren waarom deze prijstoeslag aanvaard kan worden op grond van omstandigheden die zich na de opening van de offertes hebben voorgedaan,

En terwijl uit de artikelen 2 en 3 van de Motiveringswet eveneens volgt dat een beslissing duidelijk de juridische en feitelijke overwegingen dient te vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen, wat een rechtsonderhorige in staat moet stellen om met kennis van zaken desgevallend voor diens rechten op te komen.

En terwijl de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder de motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel veronderstellen dat de motieven in een bestreden beslissing dienen te worden onderbouwd door de concrete gegevens van het dossier; Zodat de bestreden beslissing een schending uitmaakt van art. 102 KB Plaatsing Nutssectoren, van de artikelen 4 en 5 Rechtsbeschermingswet, van de artikelen 2 en 3 Motiveringswet, alsook van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder de formele en materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.”

De verzoekende partijen verwijten in dit middel de verwerende partij opnieuw een gebrek aan zorgvuldig onderzoek en motivering, doch ditmaal ten aanzien van de prijsstijging van de nv Stadsbader. Zij kunnen zich hierbij niet van de indruk ontdoen dat deze volgens hen aanzienlijke prijsstijging een forse regularisatie uitmaakt van de abnormale totaalprijs van de nv Stadsbader.

De noodzaak van een zorgvuldige motivering is volgens hen in dit geval des te meer van belang nu de gegeven verantwoording voor de prijstoeslag volstrekt tegenstrijdig blijkt te zijn met de verantwoording die eerder werd gegeven voor de abnormale totaalprijs.

Zij menen dat de door de nv Stadsbader vermelde omstandigheden de prijsverhoging niet verantwoorden om de volgende redenen:

“(i) De vermeende stijging van de kosten van onderaanneming

45. NV Stadsbader verklaarde in haar brief van 25 juni 2015 dat ze voor een substantieel deel van de opdracht beroep moet doen op onderaannemers. Zo blijkt dat oorspronkelijk voor een bedrag van 860.762,00 EUR (excl. AOW) voorzien was om te werken met onderaannemers. Dit is zelfs meer dan voorzien voor de eigen uitgaven voor lonen, materieel en transport, die men op 819.947,17 EUR (excl. AOW) begrootte. Een dergelijke prijsstijging staat uiteraard haaks op de verklaring van nv Stadsbader in het kader van het abnormale prijzenonderzoek, ‘dat de interventies van onderaannemers beperkt zijn’. Het spreekt voor zich dat de vastgestelde tegenstrijdigheid de geloofwaardigheid en objectiviteit van beide verantwoordingen aantast.

46. In dit verband valt tevens op dat nv Jacobs, die in het kader van de prijsverantwoording voor de abnormale totaalprijs van nv Stadsbader nog vermeld werd als zijnde een verbonden groepsvennootschap (met alle beweerdelijke voordelen vanden), in deze motivering wel als ‘derde’

onderaannemer wordt aanzien en dat deze na de verlenging van de verbintenistermijn haar prijzen als ‘onderaannemer’ klaarblijkelijk heeft verhoogd. Dit terwijl een werkelijke ‘derde’ onderaannemer, nv Hako, haar prijzen wel kon handhaven.

47. De verzoekende partijen kunnen daarenboven niet afleiden uit de stukken voor hoe lang de offertes van de onderaannemers van nv Stadsbader geldig waren (dit is niet noodzakelijk even kort/lang als de verbintenistermijn) en wat de redenen waren voor de verhoging van de prijzen van deze onderaannemers. Zij kunnen evenmin afleiden uit de brief van nv Stadsbader van 25 juni 2015 of er een ruimere marktbevraging is gebeurd, en al helemaal niet of de verantwoording van de abnormale prijzen consistent is met de prijsopbouw van de onderaannemers in het kader van de verlenging van de verbintenistermijn (het tegendeel lijkt net het geval te zijn).

(ii) De vermeende stijging van de materiaalkosten

48. De prijzen van de leveranciers m.b.t. de kostprijs van de materialen zouden zijn gestegen. De verzoekende partijen kunnen op geen enkele manier afleiden wat de juiste stijging van de kosten is geweest en beschikken over geen enkel detail. Een forse stijging van de prijzen is niet ernstig te noemen gezien de toepasselijke prijsherzieningsformule aanzienlijk negatief (!) is geëvolueerd sinds de openingszitting van de offertes. Zo is de toepasselijke en contractueel voorziene index bn (prijsherziening materialen) volgens de rechtvaardiging van nv Stadsbader gedaald van 7242 bij opening van de offertes naar 7056 op het ogenblik van de opmaak van de rechtvaardiging van de prijstoeslag, zijnde een daling naar 97,4316% met maar liefst 2,568 %. Ondanks de erg negatieve herziening beweert nv Stadsbader toch dat de prijzen van leveranciers en de kostprijs van materialen aanzienlijk zouden zijn gestegen, wat volstrekt ongeloofwaardig is.

49. De verzoekende partijen kunnen daarenboven opnieuw niet afleiden uit de stukken voor hoe lang de offertes van deze leveranciers geldig waren (dit is niet noodzakelijk even kort/lang als de verbintenistermijn) en wat de redenen waren voor de verhoging van de prijzen van deze leveranciers. Zij kunnen evenmin afleiden uit de brief van nv Stadsbader van 25 juni 2015 of er een ruimere marktbevraging is gebeurd, en al helemaal niet of de verantwoording van de abnormale prijzen consistent is met de prijsopbouw in het kader van de verlenging van de verbintenistermijn.

(iii) Stijging van de kosten van lonen, materieel en transport

50. Het orderboek zou in de periode van mei 2015 zijn aangevuld, waardoor het reeds voorziene zaterdagwerk voor dit project enkel in ‘overuren’ zouden moeten worden uitgevoerd met een extra toeslag van 50 % tot gevolg.

Het is weinig ernstig te noemen dat nv Stadsbader er van uit ging bij haar oorspronkelijke offerte dat alle werknemers op zaterdag zonder toeslag van 50% zouden moeten werken en dat door de aanvulling van het orderboek in mei 2015 plots alle werknemers op zaterdag een toeslag van 50% zouden moeten genieten wegens overuren.

Het is daarnaast weinig ernstig te beweren dat de aanvulling van het orderboek van nv Stadsbader noodzaakt om (bovenop de reeds voorziene zaterdagvergoeding die in de prijs dienen in begrepen te zijn overeenkomstig artikel 76.1.2 - pagina 38/237 van het bestek) nog eens een extra bijkomende premie van 50 % voor zogenaamde overuren te betalen aan het personeel. Dit zou betekenen dat alle werknemers op zaterdag de werken in overuren zouden uitvoeren.

Voor zover de bewering inzake het aangevulde orderboek al correct zouden zijn, wordt in een normale bedrijfsvoering gebruik gemaakt van aanwervingen of interim-personeel of desnoods onderaanneming om een dergelijke beweerdelijke toename van werk op te vangen. Het is niet ernstig dat uitgegaan wordt dat alle werken op zaterdag in overuren worden uitgevoerd terwijl zaterdagwerk net zeer belangrijk is voor deze opdracht gezien de aard van de opdracht (werken in een spooromgeving).

51. Verder kunnen de verzoekende partijen de feitelijke correctheid van een en ander evenwel niet nagaan, wegens het gebrek aan informatie in het gunningsverslag en in de overgemaakte verantwoording van nv Stadsbader.

52. In ieder geval is het duidelijk dat zaterdagwerk géén omstandigheid is na opening van de offertes in de zin van art. 102 KB Plaatsing Nutssectoren, nu het tewerkstellen van werknemers in het weekend niet onvoorzienbaar was ten tijde van de indiening van de offerte maar juist een basisvereiste bij inschrijving.

(iv) Prijsherziening

53. Tot slot gebruikt nv Stadsbader in haar verantwoording dd. 25 juni 2015 nota bene de negatieve evolutie van de contractueel prijsherzieningsformule om haar prijzen nog eens bijkomend met 0,866% te verhogen, bovenop de zogenaamde overige verhogingen van de prijs.

Dit betekent dus dat nv Stadsbader haar prijzen in totaal met maar liefst 13,21 % verhoogt terwijl zij zelf aangeeft dat de prijsherzieningsformule negatief is en de prijzen in de markt dus dalen.

NV Stadsbader heeft bijgevolg van de opportuniteit van de verlenging van de verbintenistermijn gebruik gemaakt om haar abnormale totaalprijs te verhogen in plaats van de werkelijke evolutie van de kostprijs van de bestanddelen van de prijs in rekening te brengen. De evolutie van de prijsherzieningsformule toont dit duidelijk aan.”

De verzoekende partijen besluiten dat aldus geen objectieve rechtvaardiging voorligt van de prijstoeslag gegrond op elementen na de opening

van de offertes, minstens dat geen motivering voorligt waarom precies de door de nv Stadsbader opgegeven argumenten gegrond waren in het licht van de omstandigheden na de opening van de offertes.

25. In de memorie van wederantwoord benadrukken de verzoekende partijen nog dat *a posteriori* motieven uiteraard geen soelaas bieden voor de onvolkomenheid van het onderzoek en motivering in de bestreden beslissing zelf. Uit de bestreden beslissing blijkt volgens hen geenszins de zorgvuldige analyse die in zulke gevallen noodzakelijk is: “er moet blijken uit de gunningsbeslissing zelf welke motieven ter verantwoording worden aangedragen en het moet duidelijk zijn waarom deze motieven afdoende waren. Het gaat niet om een motivering waarbij de motieven van de motieven moeten worden weergegeven, maar wel moet begrijpelijk zijn en duidelijk aan de hand van de motivering waarom de gegeven verantwoording volstond en waarom dus er sprake is van onvoorzienbare omstandigheden, die niet worden ondervangen in de AAV of AUR. Er moet een daadwerkelijk en kritisch onderzoek blijken uit de bewoordingen in de gunningsbeslissing zelf”.

Voorts blijven zij bij hun conclusie, ook na de memorie van antwoord, dat de verklaringen van de nv Stadsbader niet afdoende zijn en geenszins aannemelijk maken dat een significante prijsverhoging met 13,21% objectief gerechtvaardigd was na opening van de offertes.

Met betrekking tot het eerste aangebrachte element, namelijk de stijging van de kosten van de onderaanneming, merken zij wat de verwijzing in de memorie van antwoord betreft naar de gestegen prijzen van de nv De Vuyst, op dat deze voor hen niet controleerbaar zijn. Toch menen zij te kunnen aantonen dat deze bewering niet helemaal klopt “want er was ten tijde van de offerte nog geen enkel engagement vanwege De Vuyst. Dit blijkt uit het feit dat de nv Bam track zelf nota bene op 17 november 2015 en 6 januari 2016 een vraag tot offerte heeft ontvangen vanwege nv Stadsbader voor de uitvoering van de spoorwerken van deze opdracht[...]. Waarom zou deze vraag na de indiening van de offerte gesteld worden aan nv Bam Track, als men uitging van de prijzen van De Vuyst?”. Ook betwisten zij de verwijzing in de memorie van antwoord naar de gestegen materiaalkosten van Jacops. Zij herhalen dat de onderaannemers bijna

geen materialen dienen aan te leveren en benadrukken dat het aandeel van materialen in de sein- en kabelwerken alleszins beperkt is. De verwijzing van de verwerende partij naar gestegen prijzen inzake beton, zandcement en palen (staal), klopt niet en dit blijkt “uit de SOPA-lijst met de indices van materialen:

“De prijs van cement (p. 3) is constant gebleven tussen november 2014 en mei 2015 en dus niet gestegen;

De prijs van handelsstaal (p. 2) is gezakt tussen november 2014 en mei 2015;

De algemene index materialenkorf is gezakt tussen november 2014 en mei 2015;

De index k2 voor cementbetonverhardingen (p.7) is gezakt tussen november 2014 en mei 2015, wat de beste indicatie geeft voor de betonprijzen;

- Ook de prijs van gasoil (p.4) is aanzienlijk gezakt tussen november 2014 en mei 2015, wat een daling betekent van de materieel- en transportkosten.”

Wat het element van de stijging van de materiaalkosten betreft, merken de verzoekende partijen nog op dat de offertes waarnaar post factum verwezen wordt, voor hen niet te controleren zijn, dat de nv Van Maercke ook een verbonden vennootschap is van de nv Stadsbader en de verhoging in die zin te relativeren is als bewijsstuk, dat “de in dit geval zeer relevante index k2 voor cementbetonverhardingen (p.7) is gezakt tussen november 2014 en mei 2015, wat de beste indicatie geeft voor de betonprijzen” en dat een prijsstijging van lonen en materialen ondervangen wordt in de prijsherzieningsformule conform het bestek en de AUR en dus niet onvoorzienbaar of extern na de offerte is.

Nopens de stijging van de lonen, materieel en transport, merken de verzoekende partijen nog op dat de toename van het orderboek van de nv Stadsbader in de periode van mei 2015 niet door hen te controleren is, wegens de vertrouwelijkheid van dit stuk en dat alleszins zou moeten blijken dat de nv Stadsbader een aanzienlijk aantal opdrachten gegund heeft gekregen in de betrokken periode. Het blijft echter voorzienbaar voor aannemers dat er wijzigingen in orderboeken kunnen optreden en dergelijke prijsverhoging kan hierdoor niet worden verantwoord.

Ten slotte wat de prijsherzieningsformule betreft, zien zij niet in hoe een negatieve evolutie van een contractuele prijsherzieningsformule zou kunnen resulteren in een mathematische verhoging. Een “herberekening naar datum aanbesteding”, is mathematisch niet mogelijk.

26. In de laatste memorie stellen de verzoekende partijen nog dat zij niet kunnen nagaan wat in het vertrouwelijk stuk 6d van de verwerende partij – “Schrijven van Stadsbader aan Infrabel d.d. 25 juni 2015 – volledige versie” – en stuk 7 van de verwerende partij – “Interne e-mail Infrabel d.d. 7 juli 2015 houdende aanvaarding prijsverhoging” – staat, doch herhalen dat uit de gunningsbeslissing zelf moet blijken welke motieven ter verantwoording worden aangedragen en dat het duidelijk moet zijn waarom deze motieven afdoende waren.

Te dezen kan volgens hen zelfs met een “slechts zeer marginale” toets worden vastgesteld dat de gegeven verantwoording voor de prijstoeslag door een zorgvuldige aanbestedende overheid onmogelijk aanvaard kon worden, aangezien deze volstrekt tegenstrijdig blijkt te zijn met de verantwoording die eerder gegeven werd voor de abnormale totaalprijs van de nv Stadsbader en verantwoordingselementen bevat die manifest onredelijk zijn. De verzoekende partijen verwijzen hieromtrent naar hun uiteenzetting in het gedinginleidende verzoekschrift en in de memorie van wederantwoord, waarin zij volharden en dewelke als integraal hernomen dient te worden beschouwd

Beoordeling

27. De verwerende partij betwist het belang van de verzoekende partijen bij het middel. Zij laat gelden dat ook voor de offerteprijs van de verzoekende partijen, een vermoeden van abnormaliteit geldt. Deze exceptie kan niet worden bijgevalen.

Dit middel heeft betrekking heeft op de grief dat de verwerende partij ten onrechte de prijsverhoging van de nv Stadsbader wél heeft aanvaard.

Artikel 102 van koninklijk besluit Plaatsing speciale sectoren

luit:

“Wanneer, bij openbare of beperkte aanbesteding, de betekening van de goedkeuring van de offerte niet binnen de termijn bepaald in artikel 35 is geschied is de opdracht slechts gesloten voor zover de betrokken inschrijver hiermede schriftelijk en zonder voorbehoud heeft ingestemd.

Wanneer die inschrijver zijn offerte slechts handhaaft op voorwaarde dat hij een hogere prijs krijgt, moet de aanbestedende overheid, in plaats van de procedure te herbeginnen de gevraagde prijsverhoging toestaan, indien de gevorderde verhoging verantwoord wordt door omstandigheden die zich na de opening van de offertes hebben voorgedaan en de aldus bekomen nieuwe prijs lager blijft dan die van de oorspronkelijke offertes van de mededingers.

Zo niet, mag de aanbestedende overheid:

1° hetzij zich achtereenvolgens richten, volgens de rangschikking van hun regelmatige offerte, tot de andere inschrijvers waarvan de offerte aldus lager geworden is;

2° hetzij aan al de andere inschrijvers vragen hun prijs, op grond van de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht te herzien, en de opdracht gunnen aan de laagste geworden offerte volgens de uitslag van de nieuwe prijsaanvraag, rekening houdend met de verantwoorde prijsverhoging geëist door de inschrijver waarvan sprake is in het tweede lid.

Indien de gekozen laagste inschrijver zijn offerte niet handhaaft of slechts handhaaft dan behoudens bepaalde voorwaarden, andere dan het vorderen van een prijsverhoging, richt de aanbestedende overheid zich achtereenvolgens, volgens de rangschikking van hun offertes, tot de andere inschrijvers”.

Indien de verzoekende partijen erin slagen aan te tonen dat de prijsverhoging niet mocht worden aanvaard als verantwoord door omstandigheden die zich na de opening van de offertes hebben voorgedaan, dan zal de opdracht met toepassing van het voormelde artikel niet meer aan de gekozen inschrijver gegund mogen worden. De omstandigheid dat ook voor de offerteprijs van de verzoekende partijen een vermoeden van abnormaliteit geldt en er dus in het geval de aanbestedende overheid zich tot de verzoekende partijen richt als tweede laagste inschrijver, ook aan hen een prijsverantwoording zal moeten worden gevraagd, ontnemt hun niet hun belang bij het middel: het is niet uitgesloten dat de verwerende partij, net zoals het geval was bij de nv Stadsbader, alsdan hun prijsverantwoording zou aanvaarden.

28. Krachtens het voormelde artikel 102 is de aanbestedende overheid verplicht de door de oorspronkelijk laagste inschrijver gevraagde prijsverhoging toe te staan, indien de verhoging verantwoord wordt door omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de opening van de offertes en de nieuwe prijs lager blijft dan die van de oorspronkelijke offertes van de mededingers.

Het voormelde artikel bepaalt aldus dat het moet gaan om een prijsverhoging die “verantwoord” wordt door omstandigheden die zich voordeden na de opening van de offertes, zonder dat uitdrukkelijk wordt bepaald dat de betrokken inschrijver voor de nieuwe prijs zelf een prijsverantwoording moet leveren.

Een aanbestedende overheid mag aan de betrokken inschrijver verduidelijking vragen omtrent de prijsverhoging, opdat zij kan beoordelen of de prijsverhoging inderdaad betrekking heeft op omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de opening van de offertes. Dit is hier gebeurd. De aanbestedende overheid beschikt bij die beoordeling over enige appreciatiebevoegdheid, weze het dat in artikel 102 uitdrukkelijk wordt bepaald dat de aanbestedende overheid de prijsverhoging “moet” toestaan indien deze verantwoord wordt door omstandigheden die zich voordeden na de opening van de offertes en de betrokken inschrijver nog steeds de laagste offerteprijs biedt.

De Raad van State merkt hierbij op dat bij een aanbesteding het wettelijk principe geldt dat wordt gegund aan de laagste regelmatige inschrijver. Voor de aanbestedende overheid geldt hierbij dus eerst en vooral de plicht om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat. Des te meer in het geval van een offerte met een vermoedelijke abnormaal lage totaalprijs overeenkomstig artikel 98, § 4, mag de aanbestedende overheid deze slechts als regelmatig aanvaarden op grond van een ernstig prijsonderzoek, waarbij een prijsverantwoording wordt gevraagd, die de overheid vervolgens op grondige en zorgvuldige wijze dient te onderzoeken. Of de verwerende partij zich te dezen van deze plicht heeft gekweten, werd onderzocht bij de bespreking van het eerste middel. Zoals blijkt uit wat voorafgaat, is het onderzoek van een eventuele

prijsverhoging na het prijsonderzoek en bij het verstrijken van de gestanddoeningstermijn echter helemaal anders van aard en bedoeling. Dit onderzoek mag geen aanleiding geven tot het voeren van een nieuw prijsonderzoek zodat de overheid niet kan worden verweten dat zij hierbij een zekere terughoudendheid aan de dag legt, zeker, wanneer zoals te dezen blijkt dat de laagste inschrijver na de gevraagde prijsverhoging nog met voorsprong de laagste inschrijver blijft en zijn prijsverhoging uitvoerig verantwoordt met staving van documenten.

29. Uit het dossier blijkt dat de nv Stadsbader op de vraag van de verwerende partij tot verlenging van de gestanddoeningstermijn, gesteld bij brief van 23 april 2015, antwoordt dat haar offerteprijs met 13,21 % dient te worden verhoogd gelet op omstandigheden na de opening van de offertes, te weten, enerzijds, een prijsstijging voor de lonen, het materieel en het transport ingevolge een verschuiving van de uitvoeringsperiode en de inmiddels zeer gevulde portefeuille van de door haar uit te voeren werken, en, anderzijds, de prijsstijging voor de materialen en voor de onderaannemers “op basis van de aangepaste offertes”.

Met brief van 9 juni 2015 vraagt de verwerende partij de nv Stadsbader op verscheidene punten om bijkomende uitleg omtrent de gevraagde prijsverhoging en om deze met stukken te staven.

De nv Stadsbader antwoordt met brief van 25 juni 2015 met bijvoeging van 4 bijlagen. Bijlage 1 betreft een overzichtstabel van de prijzen van de onderaanneming waarbij de eenheidsprijzen van de offerte in 2014 en die van 2015 worden opgenomen. Bijlage 2 bevat de oorspronkelijke en de “aangepaste offertes” van de onderaannemers. Bijlage 3 betreft een overzichtstabel met een vergelijking van de materiaalkost in 2014 en 2015 en de oorspronkelijke en “aangepaste offertes” van de leveranciers. Bijlage 4 ten slotte betreft de samenstelling van het orderboek op datum van 9 november 2014 en dat op 24 juni 2015.

Uit het dossier blijkt dat de verwerende partij die bijkomende uitleg en documenten van de nv Stadsbader heeft bestudeerd en “geen fouten of

gebreken” heeft gevonden en nog heeft overlegd met “manager Tracks en de area manager”.

De nv Stadbader geeft in haar antwoorden aan om welke materialen het gaat, wat de prijsverhogingen bij de leveranciers en bij de onderaannemers zijn en er worden daarvan ook bewijsstukken voorgelegd. De “aangepaste offertes” zijn het antwoord op de vraag van de nv Stadsbader of de betrokken leveranciers of onderaannemers hun in november 2014 gegeven prijzen en voorwaarden handhaafden, gesteld naar aanleiding van de aan haar gestelde vraag tot verlenging van de gestanddoeningstermijn. De verzoekende partijen maken niet aannemelijk op welke grond voor een gekozen inschrijver de verplichting zou bestaan om in het kader van een vraag tot handhaving van zijn offerte na de gestanddoeningstermijn, een “ruimere marktbevraging” te organiseren wanneer zou blijken dat de oorspronkelijk aangesproken leveranciers en onderaannemers hun prijzen verhogen. Evenmin kan deze inschrijver hen verplichten hun redenen op te geven voor hun verhoging. De feitelijke correctheid van die bewijsstukken, die deel uitmaken van het vertrouwelijk neergelegde dossier, is controleerbaar en werd nagegaan door de Raad van State. Daaruit blijkt bijvoorbeeld dat aan de nv De Vuyst voor de spoorwerken een offerte werd gevraagd op 24 oktober 2014, en opnieuw op 28 april 2015 en dat deze daarop antwoordt dat zij zich door een drukker agenda genoodzaakt ziet een prijsverhoging met een bepaald percentage door te voeren op de eenheidsprijzen van haar offerte van 28 april 2015.

De verzoekende partijen stellen dat zij nadien nog zelf zijn gecontacteerd geweest om die kwestieuze spoorwerken uit te voeren. zij tonen hier echter niet aan dat de gekozen inschrijver dit niet vermocht te doen.

De bijlage 2 van de brief van 25 juni 2015 bevat, zoals reeds vermeld, ook de aanvankelijke offerte van de nv Jacops van 5 november 2014 en de aangepaste offerte van 29 april 2015, waaruit de gestegen eenheidsprijzen per post blijken, ook die van materiaalposten. Dat de algemene indexprijzen voor deze materialen zijn gedaald, verhindert niet dat deze onderaannemer concreet zijn prijzen kan verhogen en dat ook bepaalde leveranciers, waarvan hun offertes

zich ook in het door de Raad van State controleerbare als vertrouwelijk neergelegde dossier bevinden, dit deden.

Artikel 13 Algemene Aannemingsvoorwaarden geeft aan het bestuur de mogelijkheid tot het opnemen van een herzieningsbepaling in de opdracht. In artikel 20 van het bijzonder bestek wordt in twee prijsherzieningsformules voorzien. Die herzieningsformules betreffen echter de uitvoering van de overeenkomst, en hebben geen betrekking op het geval waarbij met toepassing van artikel 102 van koninklijk besluit Plaatsing ‘speciale sectoren’ de overheid aan de laagste inschrijver vraagt of hij zijn offerte wil handhaven na het verstrijken van de oorspronkelijke gestanddoeningstermijn.

Wat de stijging van de kosten van lonen voor het eigen personeel betreft, legt de nv Stadsbader uit dat ingevolge het inmiddels aangevulde orderboek, dat zij ook staft met overzichtstabellen van het orderboek in 2014 en dat van 2015, voor het zaterdagwerk extra premies zullen moeten worden betaald omdat haar werknemers boven een plafond van 40u/week zullen komen waarvan de impact circa 15% op het totaalbedrag van lonen, materieel en transport bedraagt. Hierbij moet worden opgemerkt dat niet het zaterdagwerk op zich door de gekozen inschrijver als een na de opening van de offertes gewijzigde omstandigheid wordt voorgesteld, wel het inmiddels aangevulde orderboek waardoor aan de werknemers voor de uitvoering van “dit werk” of deze opdracht, een extra premie zal moeten worden uitbetaald, omdat zij boven een plafond van 40u/week komen. Er bestaat geen verplichting om in dat geval gebruik te maken van nieuwe aanwervingen of interim-personeel; dat betreft een eigen vrije keuze van bedrijfsvoering.

De kritiek van de verzoekende partijen op de omstandigheid dat de “zogenaamde voordelige groepsvennootschap Jacops haar prijzen juist verhoogt”, naar aanleiding van de gevraagde verlenging van de gestanddoeningstermijn en dit de prijsverantwoording tegenspreekt waarbij wordt verwezen naar een beperkt beroep op onderaannemers, werd hiervoor reeds beantwoord bij de bespreking van het eerste middel.

Wat de kritiek van de verzoekende partijen betreft inzake de negatieve evolutie van de contractuele prijssherzieningsformule, wordt deze verworpen op grond van het feit dat verzoekende partijen niet afdoende concreet hun middel naar gevolgen toelichten en aldus onvoldoende hun belang aantonen.

30. In het licht van al het voorgaande wordt niet aangetoond dat de verwerende partij niet van oordeel mocht zijn dat de gevraagde prijsverhoging werd verantwoord.

X. Kosten

31. Er is grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en 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’ te dezen het door de verwerende partij gevorderde basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van het beroep tot nietigverklaring als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro, elk voor de helft en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 september 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Doms Silja,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest