

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 241.206 van 5 april 2018
in de zaak A. 224.701/XII-8514**

In zake: 1. de NV ALGEMENE ONDERNEMINGEN SOETAERT
2. de NV JAN DE NUL
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2650 Edegem (Antwerpen)
Mechelsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de MAATSCHAPPIJ VAN DE BRUGSE ZEEHAVEN
naamloze vennootschap van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Neil Braeckevelt en Evelien Vanhauter
kantoor houdend te 8000 Brugge
Ezelstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 6 maart 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van de raad van bestuur van de Maatschappij van de Brugse Zeehaven, [...] van ongekende datum doch zoals betekend op 9 februari 2018, gevolgd door het verslag van nazicht van de offertes zoals betekend op 19 februari 2018, waarbij de overheidsopdracht voor de bouw van een kaaimuur aan de Oostzijde van het Boudewijnkanaal te Zeebrugge (bestek 1 van 2017) wordt gegund aan de N.V. Artes Depret en aan de offerte van [de nv Algemene Ondernemingen Soetaert en de nv Jan De Nul] voorbij werd gegaan”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 maart 2018, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Neil Braeckevelt, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de “bouw van een kaaimuur aan de oostzijde van het Boudewijnkanaal te Zeebrugge”.

De opdracht omvat het uitvoeren van een studie van de kaaimuur, inclusief het leveren van uitvoeringsplannen, alsook het aanvragen van een omgevingsvergunning, de bouw van een kaaimuur, de grondaanvullingen, het leveren van as-buultplannen en het structureel onderhoud tijdens de waarborgperiode van twee jaar.

De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure met als enig gunningscriterium de “prijs”. De geraamde waarde van de opdracht bedraagt 22.533.267,68 euro, btw niet inbegrepen.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 30 november 2017 en in het Europees Publicatieblad op 5 december 2017.

3.2. Op 11 januari 2018 worden zes offertes ingediend.

De volgende totaalprijzen worden ingediend, in stijgende volgorde:

1. de nv Artes Depret : 21.698.792,06 euro
2. de THV Algemene Ondernemingen Soetaert nv-Jan de Nul nv: 25.264.708,36 euro
3. de nv Besix: 25.533.746,00 euro
4. de nv Franki Construct : 25.953.365,53 euro
5. de nv Herbosch-Kiere: 29.556.895,50 euro
6. BAM Contractors : 36.129.820,12 euro.

3.3. Gelet op het feit dat de totale offerteprijs van de nv Artes Depret een afwijking vertoont van -18,36 %, wordt aan die inschrijver, in overeenstemming met artikel 44 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017) , bij brief van 19 januari 2018, een prijsverantwoording gevraagd voor de totaalprijs en voor de posten 30, 33 en 35 tot 37 van het bestek.

De nv Artes Depret bezorgt op 24 januari 2018 een prijsverantwoording.

3.4. In het verslag van nazicht van 26 januari 2018 wordt de volgende beoordeling van die prijsverantwoording opgenomen:

“Verantwoording totaalprijs offerte Artes Depret nv
Voor de totaalprijs van hun offerte verwijst Artes Depret nv naar het feit dat er zeer flexibel en economisch kan worden opgetreden in de diverse fases en disciplines van het project. De aannemer is tevens gevestigd in de nabijheid van de werf. Artes Depret nv voerde in het verleden ook meerdere gelijksoortige kaaimuren uit in Zeebrugge waardoor terreinkennis en optimale aanpak van de benodigde disciplines goed gekend zijn.

Artes Depret nv stelt dat heel wat van het benodigde materieel in eigen bezit is, wat impliceert dat enerzijds deze niet extern gehuurd dienen te worden aan hogere tarieven en anderzijds de aan- en afvoerkosten beperkt zijn.

Artes Depret nv is gedurende decennia onderhoudsaannemer in de haven van Zeebrugge en wijst op de hieruit opgebouwde ervaring, terreinkennis, ... die een synergie van het materiaal-, materieel-, personeels- en opvolgingsbeleid tot gevolg heeft.

Vergeleken met de totaalprijs in verhouding met het aantal lm kaaimuur van een vorig gelijkaardig werk, nl. bestek 6 van 2016: 'Verlengen bestaande kaaimuur (1.071 m) aan de westzijde van het zuidelijk kanaaldok in de achterhaven van Zeebrugge' ligt de totaalprijs van Artes Depret nv op hetzelfde prijsniveau.

Om bovenvermelde redenen wordt de totaalprijs van Artes Depret nv aanvaard.

Verantwoording eenheidsprijzen offerte Artes Depret nv

Artes Depret nv heeft een gedetailleerde en samenhangende prijsverantwoording van de eenheidsprijzen van de gevraagde posten (30, 33, 35, 36 en 37) ingediend, waarbij de verschillende kosten en rendementen duidelijk vermeld staan. (1)

Er is een consequente verdeling van algemene kosten, risico en winst. En er is een consequente verdeling van installatiekosten, machines/materieel, uitzetkosten, afvoerkosten,... De detailopbouw van de prijsverantwoording is conform de vereisten van de besteksbepalingen en bevat alle benodigde middelen met realiseerbare rendementen. (2)

De opgegeven eenheidsprijzen zijn eveneens onderzocht en vergeleken met de gegevens van een vorige gelijkaardige aanbesteding, nl. bestek 6 van 2016: 'Verlengen bestaande kaaimuur (1.071 m) aan de westzijde van het zuidelijk kanaaldok in de achterhaven van Zeebrugge' dat werd aanbesteed op 6 juli 2017.

Rekening houdend met:

- de respectievelijke besteksbepalingen zoals
 - draagvermogen
 - afmetingen (dikte/lengte/...)
 - hoeveelheid
 - uitvoeringsmethoden

- prijsherzieningen: omzetting naar datum aanbesteding 11/01/2018

kan afgeleid worden dat de opgegeven eenheidsprijzen voor de gevraagde posten geen abnormaal karakter vertonen,

Besluit: de offerte van Artes Depret nv wordt aanvaard gezien er geen abnormale prijzen worden vastgesteld.

(1) Een dergelijke uitgebreide prijsverantwoording maakt het mogelijk om een beoordeling van de prijszetting te maken. Hieruit blijkt eveneens dat de studie en voorbereiding van de offerte nauwgezet is gebeurd.

(2) Na het aftoetsen van de verschillende prijselementen met de referentieprijzen is de aanbestedende overheid van oordeel dat het vermoeden van abnormale eenheidsprijzen voldoende weerlegd is".

In het voormelde verslag van nazicht van de offertes wordt dan ook voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Artes Depret voor het nagerekende inschrijvingsbedrag van 21.698.792,06 euro, btw niet inbegrepen.

3.5. Op 26 januari 2018 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Artes Depret.

Met een aangetekende brief van 9 februari 2018 worden de verzoekende partijen in kennis gesteld van de te dezen bestreden gemotiveerde gunningsbeslissing, waaraan de datum 26 januari 2018 wordt toegeschreven.

Met een aangetekende brief van 14 februari 2018 vragen de verzoekende partijen een kopie van het verslag van nazicht van de offertes.

Met een brief van 19 februari 2018 bezorgt de verwerende partij dit verslag en kondigt zij een nieuwe wachttermijn van 15 dagen af.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ 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.

‡AFESKBJDB-BDDDBAV‡

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.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

5. In een enig middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van artikel 84 *juncto* artikel 153 van de wet 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), artikelen 43 en 44, § 3 en § 4, samen genomen met artikel 74, § 3, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’, het materieel motiveringsbeginsel, de formeel motiveringsplicht zoals neergelegd in artikel 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’, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en de “ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag”.

6. Zij achten deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat, eerste onderdeel, de bestreden beslissing de door de gekozen inschrijver verstrekte prijsverantwoording van de totale offerteprijs die was aangetast met een wettelijk vermoeden van abnormaliteit aanvaardt onder verwijzing naar i) algemene en vage verklaringen, ii) minstens niet cijfermatige gegevens die onvoldoende concreet op de opdracht betrokken zijn, en waarvan de permanente impact op het prijsniveau onvoldoende kon worden aangetoond, iii) dan wel de verwijzing naar een andere opdracht uit 2016 waarvan de relevantie geheel niet kon worden vastgesteld gelet op technische verschillen en conjuncturele aspecten.

Doordat, tweede onderdeel, de bestreden beslissing de door de inschrijver afgeleverde prijsverantwoording betreffende schijnbaar abnormale eenheidsprijzen heeft aanvaard onder verwijzing naar i) de weergave van de prijsbestanddelen, het rendement en de winstmarge, doch zonder dat deze elementen concreet konden worden gestaafd door offertes of recente facturen of binnen de geëxpliciteerde motieven sprake is van een cijfermatige vertaling van deze prijsbestanddelen die de overige inschrijvers toelaat de redenen van aanvaarding concreet in te schatten; ii) de verwijzing naar een eerdere opdracht uit 2016 waarvan de relevante geheel niet kon worden vastgesteld gelet op technische verschillen en conjuncturele aspecten.

Terwijl, eerste onderdeel, art. 153 samen gelezen met art. 84 wet overheidsopdrachten 2016 de verplichting inhoudt voor de aanbestedende dienst om de regelmatigheid van de offertes te onderzoeken, op het vlak van de abnormale eenheids- of totaalprijzen.

Dat art. 44 § 4 K.B. Plaatsing 2017 speciale sectoren samen gelezen met het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur daarbij de verplichting inhoudt voor de aanbestedende dienst om de prijsverantwoording die wordt geboden te beoordelen in het licht van het vermoeden van abnormale prijszetting voor die totaalprijs.

Dat dit onderzoek dient te getuigen van een zorgvuldigheid die het bestuur toelaat om met kennis van zaken te oordelen en op pertinente en concrete gronden vast te stellen dat de offerte alsnog kan worden toegelaten.

Dat het bestuur daarbij nog meer dan in het geval van een onderzoek naar schijnbaar abnormale eenheidsprijzen belast wordt met een bijzondere motiveringsplicht die de overige inschrijvers inzichtelijk dient te maken om welke pertinente motieven met directe impact op de prijszetting een door de reglementaire wetgever vastgesteld vermoeden kan worden weerlegd.

Dat deze bijzondere motivering aansluit op het beginsel van de materiële motiveringsplicht voor wat betreft de draagkracht en het afdoende karakter ervan, en op de formele motiveringsplicht voor wat betreft de pertinente en het concreet karakter ervan.

Dat bepaalde motieven zoals de nabijheid van een vestiging, het kunnen beschikken over eigen materialen, en de ervaring als onderhoudsaannemer in hoofde van de gekozen inschrijver potentieel relevant kunnen zijn, zij het dat zij te deze niet cijfermatig worden vertaald in een verklaring voor het prijsverschil met de overige aannemers.

Dat niet cijfermatige gegevens bij de prijsverantwoording kunnen worden aanvaard, zij het dat zij voldoende concreet op de opdracht dienen betrokken te zijn, en in redelijkheid de permanente impact op het prijsniveau kon worden afgeleid uit de prijsverantwoording.

Dat het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur verhindert dat vage bevestigingen en dermate algemene elementen dat zij als antwoord kunnen dienen op elke vraag tot prijsverantwoording, rechtens niet kunnen worden aanvaard.

Dat de loutere verwijzing naar een eerdere opdracht zonder onderzoek betreffende de relevante en de conjuncturele geldigheid van die opdracht voor de voorliggende geen zorgvuldige prijsverantwoording kon uitmaken. Dat art. 44 § 3 en § 4 samen gelezen met art. 74 § 3 K.B. Plaatsing 2017 speciale sectoren de aanbestedende dienst verplicht om bij gebrek aan een rechtens aanvaardbare prijsverantwoording de offerte als substantieel onregelmatig te weren.

Dat de vergelijking van offertes met abnormale totaalprijzen met regelmatige offertes het beginsel van de gelijke behandeling der inschrijvers schendt;

Terwijl, tweede onderdeel, voor het nazicht van de door het bestuur zelf als schijnbaar abnormaal beschouwde eenheidsprijzen art. 44 § 3 K.B. Plaatsing 2017 speciale sectoren samen gelezen met het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur, vereist wordt dat de loutere opgave van de onderdelen van de prijszetting (rendement, winstmarge (AKW), materiaalkost en personeelskost) aannemelijk wordt gemaakt aan de hand van stavingstukken (offertes van leveranciers en onderaannemers) die van aard zijn de marktconformiteit van de prijszetting in concreto en cijfermatig aan te tonen.

Dat ook bij het nazicht van de verantwoording van de eenheidsprijzen de loutere verwijzing naar een eerdere opdracht zonder onderzoek betreffende de relevantie en de conjuncturele geldigheid van die opdracht voor de voorliggende geen zorgvuldige prijsverantwoording kon uitmaken.

Zodat, de bestreden beslissing die de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver aanvaardt zonder dat een cijfermatige vertaling kan worden gemaakt voor het prijsverschil met de overige aannemers of de impact op het prijsniveau werd nagegaan, zonder dat de prijsbestanddelen worden gestaafd aan de hand van concrete stukken, en zonder dat de relevantie van een eerdere opdracht van 2016 in concreto kon worden nagegaan, de in het middel aangehaalde wettelijke bepalingen en beginselen schendt.”

Beoordeling

7. Artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, overeenkomstig artikel 153, 3°, van die wet toepasselijk op de speciale sectoren, luidt:

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

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

Artikel 43 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren
2017 luidt:

“De aanbestedende entiteit onderwerpt de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek. Daartoe kan de aanbestedende entiteit, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de wet, samen gelezen met artikel 153, 3°, van de wet, de inschrijvers verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken”.

8. De aanbestedende overheid beschikt over een grote beoordelingsvrijheid om de gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden. De Raad van State kan zich bij een dergelijke beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur, hij mag wel nagaan of de motieven, op grond waarvan de bestreden beslissing tot het besluit komt dat er geen sprake is van abnormale prijzen, in aanmerking mogen worden genomen wat onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen.

9. Ook niet-cijfermatige gegevens kunnen een prijsverantwoording uitmaken, des te meer indien een prijsverantwoording werd gevraagd voor de totaalprijs.

De totaalprijs

9.1. De gekozen inschrijver blijkt in zijn prijsverantwoording te hebben gewag gemaakt van zijn mogelijkheid om “flexibel en economisch” op te treden in de diverse fases en disciplines van het project en daartoe te hebben verwezen naar zijn vestiging in de nabijheid van de werf en naar het feit dat hij in het verleden “gelijksoortige kaaimuren [...] in Zeebrugge heeft uitgevoerd waardoor terreinkennis en optimale aanpak van de benodigde disciplines goed gekend zijn”.

De verzoekende partijen kunnen niet worden bijgevallen waar zij stellen dat het hier gaat om een vage en abstracte verantwoording die naar aanleiding van elk verzoek tot prijsverantwoording in gelijk welke opdracht kan worden aangevoerd. De relevantie van de betrokken omstandigheden is voldoende concreet om die voor de gekozen inschrijver te beschouwen als uitzonderlijk

gunstig in de zin van artikel 44, § 2, derde lid, 2°, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017, ook gelet op het gegeven dat – zoals hierna blijkt – de verantwoording hiertoe niet is beperkt.

9.2. Met uitzondering van de vergelijking met de opdracht die betrekking heeft op de westzijde van het zuidelijk kanaaldok, erkennen de verzoekende partijen dat de andere elementen die zijn vermeld in de aanvaarding van de prijsverantwoording, “relevant zouden kunnen zijn” ware het niet dat volgens de verzoekende partijen niet blijkt dat ze “cijfermatig vertaalbaar zijn in een financieel verschil met de overige inschrijvers”.

De verzoekende partijen maken echter niet aannemelijk dat de bijzonderheden dat (1) de gekozen inschrijver “gedurende decennia onderhoudsaannemer in de haven van Zeebrugge” is; (2) de vestiging van de gekozen inschrijver in de nabijheid van de werf ligt; (3) het zelf in bezit hebben “van het benodigde materieel”, door de aanbestedende overheid te dezen niet mochten worden beschouwd als “uitzonderlijk gunstige omstandigheden” in de zin van artikel 44, § 2, derde lid, 2°, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017, met een kostenverlagende synergie en analoog gevolg voor de totaalprijs.

9.3. De verzoekende partijen betwisten voorts de deugdelijkheid van de vergelijking met een eerdere opdracht.

Er lijkt op het eerste gezicht niet te kunnen worden ontkend dat het gaat om gelijkaardige werken: het verlengen van de bestaande kaaimuur aan de westzijde van het zuidelijk kanaaldok in de achterhaven van Zeebrugge, nog maar pas gegund op 8 september 2017, tegenover het verlengen van de bestaande kaaimuur aan de oostzijde van het zuidelijk kanaaldok in de achterhaven van Zeebrugge, wat het voorwerp uitmaakt van onderhavige opdracht. Het louter tegenspreken van de relevantie van de eerdere opdracht en een algemene verwijzing naar de conjuncturele evolutie van de prijzen lijken dan ook geen pertinente grieven.

9.4. Wat de totaalprijs betreft, argumenteren de verzoekende partijen voorts dat de gekozen inschrijver een prijs aanbiedt, die ruim 22,5 % lager ligt in vergelijking met zijn offerte voor de verlenging van de bestaande kaaimuur aan de westzijde van het zuidelijk kanaaldok in de achterhaven van Zeebrugge, terwijl de verlenging aan de oostzijde – de onderhavige opdracht – “een ‘zwaarder ontwerp’ (ca. 10%)” is. De verwerende partij betwist echter in haar nota met een technische argumentatie rond heipalen, trekkracht en drukkracht, dat de huidige opdracht zwaarder zou zijn.

De Raad van State mag er redelijkerwijze van uitgaan dat de nv Maatschappij van de Brugse Zeehaven over de technische deskundigheid beschikt om vast te stellen dat het verlies aan drukkracht wordt gecompenseerd door de toename van trekkracht en er dus niet meteen mag worden aangenomen dat het huidige ontwerp “zwaarder” is. Het betoog van de verzoekende partijen maakt aldus *prima facie* niet aannemelijk dat de conclusies van de verwerende partij de perken van de redelijkheid te buiten gaan en zonder deskundige ondersteuning, in principe in een uiterst dringende procedure als de onderhavige niet mogelijk, kan de Raad van State bezwaarlijk de betrokken argumentatie nader beoordelen.

Eenheidsprijzen

10.1. De verzoekende partijen betogen in de eerste plaats dat de gekozen inschrijver, voor de posten waarvoor nu net een prijsverantwoording is gevraagd – diepwanden, heipalen, MV-palen - die ongeveer 60 % van het inschrijvingsbedrag vertegenwoordigen, een beroep moet doen op onderaannemers en leveranciers, terwijl zij en andere inschrijvers voor die onderdelen gespecialiseerde aannemers “als deelgenoot hebben binnen hun groep”.

10.2. Met dit betoog en het voorleggen van referenties, waaruit moet blijken dat ‘eigen materiaal’ is ingezet, en de cv’s van enkele werknemers met bijzondere kennis van de haven van Zeebrugge, lijkt evenwel niet met de nodige ernst te worden aangetoond dat het gebruik van externe onderaannemers en leveranciers duurder uitvalt dan het aanwenden van gespecialiseerde aannemers die “binnen de groep” werken.

‡AFESKBJDB-BDDDBAV‡

11.1. De verzoekende partijen doen voorts gelden dat onder andere wat offertes van leveranciers en onderaannemers betreft, stavingsstukken ontbreken die de marktconformiteit van de prijszetting in concreto cijfermatig aantonen.

11.2. De verwerende partij stelt hier in haar nota tegenover dat het feit dat de gekozen inschrijver al dan niet ook voor sommige aspecten van de opdracht met externe onderaannemers werkt geen concurrentieel nadeel impliceert. Het werken met vennootschappen die tot dezelfde groep behoren vertaalt zich doorgaans niet in betere prijzen, wel soms integendeel, en de praktijk leert dat de andere vennootschappen zelfs bij voorkeur met - soms kleinere - externe onderaannemers werken die niet tot eenzelfde grotere groep behoren. De verzoekende partijen geven overigens zelf aan in hun offerteformulier op bladzijde 3 dat zij de identiteit van hun onderaannemers pas zullen meedelen na gunning van de opdracht.

11.3. De prijsverantwoording voor de posten 30, 33 en 35 tot en met 37, die de Raad van State bij zijn analyse mag betrekken, is gedetailleerd opgesteld, onder meer – volgens de prijsverantwoording – “aan de hand van offertes van leveranciers en onderaannemers”, waarbij per post een onderscheid wordt gemaakt tussen eigen werk en werken in onderaanneming.

De kritiek die de verzoekende partijen ter zake evenwel ontwikkelen, luidt:

“Het meedelen van de winstmarge per post en de uitsplitsing van de kosten in materiaal en werkuren of de prijs voor een onderaannemer laat weliswaar toe een beter beeld te vormen van de prijszetting, zoals de aanbestedende dienst betoogt, doch spreekt de vaststelling niet tegen dat die prijzen of prijsonderdelen niet worden gestaafd, bijvoorbeeld met offertes of recente facturen. Dit is eens te meer het geval indien een belangrijk onderdeel van de werken door een onderaannemer dienen te worden uitgevoerd, en diens prijszetting minstens aan de hand van stukken moet kunnen worden aangetoond”.

In zijn offerte draagt de gekozen inschrijver de onderaannemers waarop hij een beroep wenst te doen voor zekere werken, *nominatim* voor. Hoewel

in de prijsverantwoording wordt opgemerkt dat die voor de betrokken posten is opgesteld aan de hand van onder meer offertes van leveranciers en onderaannemers, zijn die offertes niet opgenomen in de prijsverantwoording.

In de huidige stand van het geding komt de Raad van State aldus tot het besluit dat in de prijsverantwoording de prijzen van de onderaannemers die worden meegenomen in de berekening waarop de verantwoording is gesteund, niet gestaafd lijken. De betrokken mededeling van prijzen van onderaannemers, overigens zonder enige identificatie in die prijsopgave van de betrokken aannemers, geeft op zich nog steeds niet aan welke concrete en objectieve factoren de als abnormaal beschouwde prijzen juist rechtvaardigen. De schijn van abnormaliteit die over de betrokken prijzen hangt, lijkt op die wijze niet weggenomen. Het niet tussenkomen van de gekozen inschrijver in de procedure helpt alvast niet om anders te kunnen oordelen.

Aldus lijkt aangetoond dat de opgegeven prijsverantwoording door de verwerende partij niet mocht worden beschouwd als een afdoende, concreet onderbouwde prijsverantwoording. Door zulks wel te doen lijkt de betrokken regelgeving niet te zijn toegepast overeenkomstig de vereisten van het in het middel geachte zorgvuldigheidsbeginsel.

VI. Impliciete weigering

14. In de mate dat de verzoekende partijen met hun verzoekschrift tevens de schorsing zouden nastreven van de impliciete weigering om hun de opdracht te gunnen, valt op te merken dat zij er zich in dat verband toe beperken in het voorwerp van hun vordering de schorsing te vragen van de tenuitvoerlegging van “de beslissing [...] waarbij [...] aan de offerte van verzoekende partij werd voorbijgegaan”.

Zij doen echter zelfs geen poging om aan te tonen dat er te dezen een uitzonderlijk geval voorligt dat de Raad van State ertoe zou moeten doen besluiten om reeds in een procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid eveneens de schorsing te bevelen van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigering om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

‡AFESKBJDB-BDDDBAV‡

Integendeel staat in de huidige stand van het geding geen rechtsplicht vast die tot een dergelijke gunning zou noodzaken, aangezien het gedeeltelijk ernstig bevonden middel de aanbestedende overheid ertoe niet lijkt te verplichten meteen de opdracht aan de verzoekende partijen te gunnen.

VII. Besluit en kosten

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

Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de raad van bestuur van de Maatschappij van de Brugse Zeehaven van 26 januari 2018, waarbij de overheidsopdracht voor de bouw van een kaaimuur aan de Oostzijde van het Boudewijnkanaal te Zeebrugge (bestek 1 van 2017) wordt gegund aan de nv Artes Depret voor een bedrag van 21.698.792,06 euro, btw niet inbegrepen.

2. De vordering wordt voor het overige verworpen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 april 2018,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest

Kamervoorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest