

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK
VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 242.091 van 10 juli 2018
in de zaak A. 225.489/XII-8566

In zake: de NV VBG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marie Vastmans en Anthony Poppe
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV AANNEMINGEN VAN WELLEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 juni 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van de administrateur-generaal van het Agentschap Wegen & Verkeer van het Vlaamse Gewest van 30 april 2018 tot gunning van de overheidsopdracht

voor werken ‘E19 Noord: structureel onderhoud tussen Brecht en Loenhout (rich NL)’ aan de nv Van Wellen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 27 juni 2018 heeft de nv Aannemingen Van Wellen gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 juli 2018, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anthony Poppe, die in eigen naam, en *loco* advocaat Marie Vastmans verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Anthony Verheggen, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 in het geding zijnde opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 13 oktober 2017. Er wordt gekozen voor de openbare procedure met als enig gunningscriterium de prijs.

3.2. De opdracht wordt gegund op 20 februari 2018 aan de nv Van Wellen maar ingetrokken bij beslissing van 26 maart 2018.

3.3. Met de bestreden beslissing wordt de opdracht op 31 mei 2018 opnieuw gegund aan de nv Aannemingen Van Wellen. De offertes van de andere twee inschrijvers waaronder deze van de verzoekende partij worden substantieel onregelmatig verklaard.

3.4. Bij aangetekend schrijven en e-mailbericht van 6 juni 2018 wordt die beslissing aan de inschrijvers ter kennis gebracht.

IV. Tussenkost

4. De nv Aannemingen Van Wellen blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5. Op 2 juli 2018 dient de verzoekende partij een pleitnota in. Dergelijk stuk is niet in de procedureregeling opgenomen. Er wordt dan ook enkel rekening mee gehouden in zoverre het een neerslag van de mondelinge uiteenzetting van de verzoekende partij.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

7. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 84 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) en de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), in samenhang gelezen met artikel 76 van het voormelde koninklijk besluit, artikel 4, eerste lid, 8°, van 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’ en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, en van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel”

“Doordat de offerte van de gekozen inschrijver aanvaard wordt ondanks een abnormaal hoge totaalprijs en abnormaal hoge postprijzen;

Doordat deze aanvaarding steunt op een niet-draagkrachtige motivering;

Doordat de beoordeling van de aanbestedende overheid over het abnormaal hoog karakter van de prijs enerzijds steunt op loutere veronderstellingen en anderzijds op een niet-aanvaardbare verantwoording van de gekozen inschrijver;

Doordat geen zorgvuldig prijsonderzoek werd uitgevoerd;

Terwijl de aanbestedende overheid op grond van artikel 36 KB Plaatsing dd. 18 april 2017, de offertes die behept zijn met een abnormaal hoog totaalbedrag of met abnormaal hoge bedragen voor een aantal niet-verwaarloosbare posten moet weren;

Terwijl een gunningsbeslissing moet steunen op draagkrachtige motieven die terug te vinden zijn in de beslissing zelf en minstens uit het administratief dossier moeten blijken;

Terwijl de beslissing een offerte te weerhouden ondanks eerder vastgestelde abnormaal hoge prijzen voor het totaalbedrag en een aantal posten, moet steunen op pertinente motieven die in de bestreden beslissing, en bij uitbreiding, in het administratief dossier terug te vinden zijn;

Terwijl elke administratieve rechtshandeling moet voorafgegaan worden door een zorgvuldig onderzoek;

Terwijl een prijzenonderzoek op een zorgvuldige wijze moet gevoerd worden;

Terwijl de beslissing om dergelijke offertes te aanvaarden minstens op draagkrachtige motieven moet steunen;
Terwijl een administratieve rechtshandeling niet kennelijk onredelijk mag zijn;
Zodat de in het middel aangehaalde beginselen geschonden werden.”

Beoordeling

A. Ontvankelijkheid van het middel

8. Er is geen noodzaak tot onderzoek van de *exceptio obscuri libelli* die de verwerende partij opwerpt inzake de schending van het redelijkheidsbeginsel. Zoals hierna immers zal blijken, is het enig middel niet ernstig.

9. Voorts kan erop worden gewezen dat de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig werd geweerd. Zij blijkt deze onregelmatigverklaring in haar enig middel niet te bestrijden. Zij heeft als inschrijver met een onregelmatige offerte, dus enkel belang bij grieven die ertoe strekken aan te tonen dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden gegund. Het aangevoerde middel lijkt daartoe te strekken.

B. Ernst van het middel – vooraf

10. Op de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat de onderhavige zaak betrekking heeft op een onderzoek naar abnormaal hoge prijzen, wat een wezenlijk ander onderzoek lijkt dan een onderzoek naar abnormaal lage prijzen, situatie die doorgaans aan de orde is bij jurisdictionele voorzieningen die de gunning van overheidsopdrachten betreffen. De principes die gelden inzake een onderzoek naar abnormaal lage prijzen lijken aldus niet zonder meer te mogen worden getransponeerd naar een onderzoek naar abnormaal hoge prijzen.

Bij een onderzoek naar abnormaal lage prijzen is het immers de vraag of de aanbestedende overheid wel een behoorlijke uitvoering van de
‡BAHSMBGCF-BDEECIV‡

opdracht mag verwachten voor de geboden prijs en of het de betrokken inschrijver er niet om te doen is louter onder de prijs van zijn concurrenten te gaan en de opdracht slecht uit te voeren zodat het risico op een minder behoorlijke uitvoering ontstaat .

Dit uitgangspunt lijkt niet te gelden bij een onderzoek naar abnormaal hoge prijzen. Daar lijkt veeleer de vraag aan de orde of de aanbestedende overheid voor een behoorlijke uitvoering van de opdracht niet aanzienlijk boven de marktprijs gaat betalen. Het lijkt dat daarbij in principe een soepelere houding van de aanbestedende overheid bij het aanvaarden van prijsverantwoordingen is toegestaan.

11. Voorts kan in het algemeen worden opgemerkt dat bij het onderzoek naar het afdoende karakter van de motieven rekening moet worden gehouden met het geheel van de in de bestreden beslissing uitgedrukte motieven en niet met een of meerdere door de verzoekende partij geciteerde en bekritiseerde onderdelen van de motivering op zich. Het volstaat immers dat de motivering in haar geheel afdoende is. Zoals hierna zal blijken, wijkt het enig middel meer dan eens af van die regel.

C. Eerste middelonderdeel – totale prijs

12. In het eerste middelonderdeel levert de verzoekende partij kritiek op de motieven voor het aanvaarden van de prijsverantwoording voor de totale offerteprijs van de gekozen inschrijver. De verzoekende partij voert vijf specifieke redenen aan waarom deze motieven onwettig zijn.

12.1. De verzoekende partij doet ten eerste gelden dat de aanbestedende overheid zich niet heeft beperkt tot de door de gekozen inschrijver gegeven verantwoording.

Er moet worden vastgesteld dat deze kritiek feitelijke grondslag mist, in zoverre de aanbestedende overheid zich wel degelijk lijkt te hebben gesteund op elementen uit de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver, weze het dan op elementen met betrekking tot de eenheidsprijzen. Het lijkt niet dat de aanbestedende overheid geen rekening zou mogen houden met elementen uit het deel van de prijsverantwoording voor eenheidsprijzen bij het onderzoek van de prijsverantwoording voor de totaalprijs. Minstens lijkt een dergelijk verbod *prima facie* niet voort te vloeien uit de regelgeving inzake overheidsopdrachten.

Artikel 36, §3, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 staat wel degelijk toe om “inlichtingen die niet afkomstig zijn van de inschrijver” te betrekken bij de beoordeling van een prijsverantwoording. Dit lijkt dan *a fortiori* te mogen gelden voor gegevens die wél door de inschrijver zelf zijn aangebracht in zijn prijsverantwoording weze het dan met betrekking tot eenheidsprijzen.

De eerste kritiek dient te worden verworpen als niet ernstig.

12.2. De verzoekende partij doet ten tweede gelden dat de aanbestedende overheid ten onrechte steunt op de veronderstelling dat de gekozen inschrijver consequent was in zijn prijscalculatie.

Anders dan de verzoekende partij het ziet, lijkt, gelet op de aanzienlijke beslissingsruimte waarover de aanbestedende overheid beschikt bij het prijsonderzoek, de veronderstelling van die overheid - dat een inschrijver in zijn prijscalculatie consequent te werk gaat -, niet in te gaan tegen de geschonden geachte regelgeving en rechtsbeginselen. Het louter aanbrengen van het tegendeel zonder enige concretisering volstaat niet om te besluiten tot de onrechtmatigheid van de bestreden beslissing. De verwerende partij lijkt bovendien terecht op te werpen dat de in aanmerking genomen prijszetting voor arbeid en materieel prijselementen betreft die bij uitstek deel uitmaken van elke eenheidsprijs en dat de verzoekende partij niet aantoont dat andere posten van de meetstaat deze

prijsselementen niet zouden bevatten en de betrokken veronderstelling dus onjuist zou zijn.

De tweede kritiek wordt verworpen als niet ernstig.

12.3. De verzoekende partij doet ten derde gelden dat de gronden van verantwoording die in aanmerking worden genomen door de aanbestedende overheid niet leiden tot het besluit dat er sprake is van een normale prijs. De verzoekende partij voert hierbij vier subkritieken aan.

12.3.1.1. Het motief dat de gekozen inschrijver een toeslag van 10% voor werken in onderaanneming heeft gehanteerd, is volgens de verzoekende partij in tegenstrijd met de vaststelling dat voor post 25 geen toeslag voor onderaanneming wordt aangerekend.

12.3.1.2. Op het eerste gezicht lijkt de aanbestedende overheid, anders dan de verzoekende partij veronderstelt, niet uitdrukkelijk te verwijzen naar de 10% toeslag op onderaanneming als een decisief motief om tot de normaliteit van de totale offerteprijs te besluiten. De vermelding van deze toeslag in het gunningsverslag als onderdeel van de ruwe opsplitsing en detaillering van de totale offerteprijs door de gekozen inschrijver wordt zelfs gevolgd door de uitdrukkelijke vermelding dat “deze ruwe opsplitsing op zich niet volstaat als afdoende prijsverantwoording”. De tegenstrijdigheid die de verzoekende partij leest in het gunningsverslag blijkt dus op een mislezing te berusten. De subkritiek wordt verworpen.

12.3.2.1. Voorts meent de verzoekende partij dat het relatief hoge tarief voor arbeid de abnormaal hoge totaalprijs niet rechtvaardigt.

12.3.2.2. Deze loutere opmerking kan niet als een ernstige rechtmatigheidsgrief in aanmerking worden genomen. *Prima facie* lijkt een hoge arbeidskost, verspreid over de diverse posten van de opdracht, immers wel degelijk

door een normaal zorgvuldige aanbestedende overheid in aanmerking te mogen worden genomen als element om een hoge totaalprijs te kunnen verklaren. De subkritiek wordt verworpen.

12.3.3.1. De verzoekende partij betoogt vervolgens dat het gebruik van hogere tarieven voor materieel de abnormaal hoge totaalprijs evenmin rechtvaardigt.

12.3.3.2. Hier geldt hetzelfde als bij de vorige subkritiek. Ook hier betreft het een loutere opmerking.

12.3.4.1. Ten slotte is er het motief inzake de uitvoering van werken in het weekend, wat volgens de verzoekende partij niet mocht worden aanvaard. Deze werken kunnen ook in de week worden uitgevoerd. Op die manier wordt een duurdere uitvoering voorgesteld zonder aanvaardbare verantwoording.

12.3.4.2. In het gunningsverslag wordt in dit verband uiteengezet dat de gekozen inschrijver uitgaat van een relatief duur scenario waarbij werken die ook tijdens de week 's nachts mogen worden uitgevoerd, enkel in het weekend worden uitgevoerd.

Anders dan de verzoekende partij doet gelden, lijkt dit een element dat wel degelijk door een normaal zorgvuldige aanbestedende overheid in aanmerking mag worden genomen om de abnormaal hoge totaalprijs van de gekozen inschrijver te verklaren. Waar bij de raming wordt uitgegaan van het goedkopere scenario, lijkt die keuze van de gekozen inschrijver wel degelijk een pertinente verklaring voor de hogere prijszetting.

De tussenkomenende partij wijst er niet ten onrechte op dat het een inschrijver vrij staat om een duurdere besteksconforme uitvoeringswijze te kiezen, weze het op het risico de opdracht te mislopen wegens te duur. De verwerende

partij onderlijnt evenzeer terecht dat die keuze de gekozen inschrijver een concurrentieel nadeel oplevert, maar geen onregelmatige offerte.

Ook de vierde subkritiek wordt verworpen.

De derde kritiek dient aldus in zijn geheel te worden verworpen.

12.4. Ten vierde meent de verzoekende partij dat de aanbestedende overheid een aantal kostprijsverhogende elementen van de betrokken posten heeft uitgekozen en geëxtrapoleerd naar de totale offerteprijs, zonder zekerheid dat deze elementen ook voor andere posten worden aangewend.

Er werd bovendien abstractie gemaakt van drie kostprijsverlagende elementen (tarief inzet trekker-oplegger; gebruik van schraal beton en bitumen uit eigen vestigingen; realistisch rendement voor post 14 (fundering van schraal beton) en 47 (toplaag met polymeer bitumen)).

12.4.1. De eerste subkritiek is een herhaling van wat reeds werd aangevoerd onder de tweede kritiek inzake het veronderstellen door de aanbestedende overheid van een consequente prijscalculatie door de gekozen inschrijver. Er wordt verwezen naar de besproken verwerping van die grief.

12.4.2. De tweede subkritiek – inzake het niet betrekken van de drie “kostprijsverlagende elementen” – lijkt, zoals de verwerende partij opmerkt, *prima facie* relevantie te missen, omdat de verwerende partij reeds in de kostprijsverhogende elementen een voldoende verklaring vond voor de hoge prijszetting.

Bovendien weet de tussenkommende partij op het eerste gezicht voor elk van de drie elementen een relevante uitleg aan te brengen waarom deze, anders dan de verzoekende partij zonder meer betoogt in het verzoekschrift, al bij al weinig kostprijsverlagende impact hebben:

- tarief trekker-oplegger: het tarief ligt nog steeds binnen de referentieprijzen en betreft enkel gehuurde vrachtwagens, posten door onderaannemers hanteren een ander tarief;
- gebruik beton en bitumen uit eigen vestigingen: uit het gunningsverslag blijkt dat de interne tarieven in dezelfde grootteorde liggen als deze uit andere overheidsopdrachten;
- rendement voor post 14 & 47:
 - o voor post 14 gaat het om het aanleggen van een fundering over een smalle strook, ter verbreding van een bestaande fundering. Een lager rendement is dus geheel logisch en lijkt bovendien een hogere prijs in plaats van een lagere prijs te impliceren;
 - o voor post 47 gaat het evenmin om een hoog rendement zodat er evenmin sprake is van een kostprijsverlagende impact. Bovendien wordt deze post in het weekend uitgevoerd, wat juist een duurder oplossing is en bijgevolg een hogere prijszetting helpt verklaren.

Ook de tweede subkritiek wordt verworpen.

De vierde kritiek dient in zijn geheel als niet ernstig te worden verworpen.

12.5.1. De verzoekende partij voert ten vijfde aan dat het motief inzake onderschatting van de raming niet kan worden aanvaard. De aanbestedende overheid toont niet aan waarom een onderschatting van de posten waar met globale prijzen wordt gewerkt, aannemelijk zou zijn. Bovendien vertegenwoordigen deze posten slechts 14% van het geraamde bedrag. Zelfs indien de prijzen van de gekozen inschrijver 30% hoger liggen dan de raming gaat het om 4,2% van de totaalprijs. De aanbestedende overheid geeft niet aan hoe zij een nieuwe raming uitvoerde en bovendien ligt de totaalprijs van de gekozen inschrijver bijna 20% boven de raming.

12.5.2. Anders dan de verzoekende partij doet gelden, lijkt het motief inzake een onderschatte raming wel degelijk relevant en aanvaardbaar in het licht van de vaststelling dat de drie offertes zich qua totaalprijzen in elkaars verlengde bevinden (inbegrepen btw: de verzoekende partij aan 4.054.430,94 euro; de gekozen inschrijver aan 4.299.681,17 euro en de nv Stadsbader aan 4.343.830,97 euro), zodat er niet meteen sprake lijkt van sterke onderlinge afwijkingen naar boven. De offertes blijken volgens ATO alle tussen 29% en 38% boven de raming te liggen. De verwerende partij verwijst hierbij in haar nota naar het betrokken advies van ATO dat bevestigt dat de raming voor een aantal belangrijke posten lager ligt dan de ondergrens van de vork van gangbare prijzen in de referentiedatabank.

Het lijkt aldus niet dat het motief inzake de onderschatting van de raming, beschouwd in het geheel van de motieven, ten onrechte in aanmerking zou zijn genomen door de aanbestedende overheid.

Voor het overige lijkt de vijfde kritiek in wezen een herhaling van de tweede en vierde kritiek inzake de veronderstelde consequente prijscalculatie. Er wordt verwezen naar de voorgestelde verwerping van die kritieken.

Ook de vijfde kritiek wordt verworpen als niet ernstig.

12.6. Geen van de vijf kritieken is ernstig gebleken. Het eerste middelonderdeel dient dan ook in zijn geheel als niet ernstig te worden verworpen.

D. Tweede middelonderdeel - postenprijzen

13. In het tweede middelonderdeel betwist de verzoekende partij het aanvaarden van de prijsverantwoording voor de hoge postenprijzen van de gekozen inschrijver. De verzoekende partij voert daartoe vier specifieke kritieken

op de diverse motieven voor het aanvaarden van de prijsverantwoording aan en één algemene kritiek op de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver.

13.1.1. De eerste kritiek van de verzoekende partij betreft de “Tarieven inzet materieel”: de gekozen inschrijver heeft een tarief van 66,63 euro tegenover een gangbaar tarief van 80 - 96 euro, dit is een kostenverlagend in plaats van -verhogend element. Het betreft een element dat meetelt voor 16% van kosten van de opdracht en voor 21% tot 11% van de betrokken posten.

13.1.2. Op het eerste gezicht lijkt de vaststelling in het gunningsverslag dat een deelaspect van de prijsvorming ‘laag maar niet onrealistisch’ is, niet uit te sluiten dat een *in globo* hoge prijszetting zou worden aanvaard. Anders dan de verzoekende partij het ziet, lijkt het feit dat de aanbestedende overheid naast hoge elementen ook lage aspecten van de prijszetting in het prijsonderzoek heeft betrokken, geen handelwijze uit te maken die onrechtmatig is. Veeleer integendeel lijkt dit juist te getuigen van het feit dat de aanbestedende overheid – te dezen bijgestaan door ATO – zich een afdoende globaal beeld van de wijze van prijszetting heeft proberen te vormen.

Zoals de verwerende partij opmerkt in haar nota dient de motivering immers in haar geheel te worden gelezen en bevat deze *prima facie* wel degelijk genoeg elementen die de aanbestedende overheid toelaat te besluiten tot het voorhanden zijn van een hoog maar niet abnormaal prijzenpeil.

De eerste kritiek in het tweede middelonderdeel dient te worden verworpen.

13.2.1. De tweede kritiek van de verzoekende partij betreft ‘Materiaalkosten: schraal beton en bitumen uit eigen vestigingen worden gebruikt voor de posten 14, 46 en 47’: ondanks eigen productie biedt de gekozen inschrijver toch prijzen binnen de referentievork, nochtans zouden deze prijzen lager moeten liggen.

13.2.2. Hier geldt in de eerste plaats hetzelfde als zojuist reeds opgemerkt betreffende het globale onderzoek en totaalbeeld van de prijszetting. Aldus lijkt ook deze kritiek op een geïsoleerd deelaspect van de motivering *prima facie* niet ernstig.

Voorts lijkt, zoals de tussenkommende partij opmerkt, de eigen productie van beton en bitumen op zichzelf niet te impliceren dat de prijzen voor deze materialen *ipso facto* lager dan referentieprijzen uit andere overheidsopdrachten zouden dienen te zijn.

De tweede kritiek dient eveneens te worden verworpen.

13.3.1. De derde kritiek van de verzoekende partij betreft post 25: de gekozen inschrijver heeft meegedeeld dat hier toeslag voor weekendwerk geldt, maar in de bestreden beslissing wordt opgemerkt dat deze post niet in het weekend moet worden uitgevoerd. Bovendien bevat post 25 geen AKW toeslag. De aanbestedende overheid heeft met andere woorden vastgesteld dat de prijs steunt op elementen die niet noodzakelijk zijn. De verzoekende partij voert ook hier een tegenstrijdigheid aan in de motivering wat 10% toeslag voor werken in onderaanneming betreft en het niet-inbegrepen zijn daarvan in deze post. Dit gebrek kan niet worden verholpen “door in de uitvoering een andere prijs af te spreken”. De aanbestedende overheid heeft zelf aangetoond dat er een abnormaal hoge prijs werd gegeven door de gekozen inschrijver.

13.3.2. Op de eerste plaats dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij hier wat het uitvoeren van werken in het weekend betreft grieven aanvoert die zij ook reeds heeft doen gelden onder het eerste middelonderdeel, vierde subkritiek van de derde kritiek. De grief inzake tegenstrijdigheid in de motieven werd ook reeds aangevoerd en verworpen onder de eerste subkritiek van de derde kritiek van het eerste middelonderdeel. Het lijkt niet dat daarover hier anders zou moeten worden geoordeeld.

De speculatieve opmerking over het afspreken van een andere prijs in de uitvoeringsfase dient als louter hypothetisch te worden verworpen.

Anders dan wat de verzoekende partij doet gelden lijkt het niet dat de aanbestedende overheid had moeten besluiten dat de prijs voor post 25 als abnormaal diende te worden aangemerkt.

De derde kritiek dient te worden verworpen.

13.4.1. De vierde kritiek van de verzoekende partij betreft de rendementen en aannames inzake de uitvoering voor drie posten:

- post 14: er wordt besloten dat de rendementen gelijkaardig zijn aan de referenties waarover de aanbestedende overheid beschikt, dit element biedt dus geen rechtvaardiging voor de abnormaal hoge prijs voor deze post;
- post 46: er wordt niet op afdoende wijze weergegeven waarom laag rendement van 1.250 m² per dag niet abnormaal laag is in vergelijking met referenties van 2.000 m² per dag;
- post 47: de gekozen inschrijver hanteert loontoeslag voor weekendwerk en heeft niet voor de goedkoopste oplossing gekozen, dit is geen aanvaardbare verantwoording voor deze post. Indien de opdracht wordt uitgevoerd, wordt de inschrijver betaald voor weekendwerk terwijl hij de werken tijdens de week kan uitvoeren.

13.4.2. Wat de kritiek betreft op het rendement voor post 14 en 47 dient te worden vastgesteld dat deze een herhaling is van reeds onder het eerste middelonderdeel, vierde kritiek, tweede subkritiek aangevoerde grieven. Er wordt verwezen naar het onderzoek en de voorgestelde verwerping van dat deel van het eerste middelonderdeel. Het lijkt niet dat dit voor het tweede middelonderdeel anders zou moeten zijn. Wat post 47 en weekendwerk betreft herneemt het tweede

middelonderdeel de vierde subkritiek van de derde kritiek van het eerste middelonderdeel, die hiervoor eveneens niet werd aanvaard.

Hier moet worden opgemerkt dat het gunningsverslag op het eerste gezicht wel degelijk, en anders dan de verzoekende partij betoogt, uiteenzet waarom laag rendement voor het plaatsen van een bitumineuze onderlaag ‘laag maar niet onrealistisch is’. Het gaat meer bepaald over een relatief smalle strook wat volgens de aanbestedende overheid logischerwijze leidt tot een lager rendement dan aanleg over een breed vlak. De verzoekende partij weerspreekt dit niet *as such*. Dit motief lijkt zich op het eerste gezicht niet buiten de perken van de redelijkheid voor te doen, noch in te druisen tegen het administratief dossier en getuigt dus evenmin van een onzorgvuldig beslissingspatroon. Deze motivering lijkt bovendien niet losstaand van de vlak ervoor weergegeven uiteenzetting over post 14 te mogen worden gelezen, waar de aanleg van betonfundering over een smalle strook wordt besproken.

De vierde kritiek dient eveneens te worden verworpen.

13.5.1. Ten slotte is er nog de algemene kritiek van de verzoekende partij op de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver, waarin zij doet gelden dat de gekozen inschrijver geen enkel element aanbrengt dat wordt vermeld in artikel 36, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Er worden met andere woorden geen gronden meegedeeld waarop de abnormaal hoge prijs steunt.

13.5.2. Deze kritiek mist op de eerste plaats feitelijke grondslag. Uit de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver blijkt immers dat deze *prima facie* wel degelijk diverse verantwoordingselementen heeft aangebracht die kunnen worden betrokken op de in artikel 36 opgesomde verantwoordingsgronden.

Op de tweede plaats moet worden opgemerkt dat de opsomming in artikel 36 niet limitatief is en dat ook andere elementen die de afwijkende prijsvorming van de betrokken inschrijver verantwoorden door de aanbestedende

overheid mogen worden aanvaard. Dat lijkt *a fortiori* het geval te zijn bij het onderzoek naar hoge prijsvorming zoals te dezen. De opsomming in artikel 36 lijkt immers primair te zijn geschreven met het oog op het verantwoorden van abnormaal lage en niet van abnormaal hoge prijzen.

Voorts lijkt nog te kunnen worden bedacht dat de algemene kritiek enkel lijkt te kunnen gelden in zoverre de andere kritieken opgeworpen in het tweede middelonderdeel zouden zijn aanvaard. Er is reeds gebleken dat die situatie zich niet voordoet.

Ook de algemene kritiek dient te worden verworpen als niet ernstig.

13.6. Het tweede middelonderdeel dient in zijn geheel te worden verworpen als niet ernstig.

14. Beide onderdelen van het enig middel zijn niet ernstig.

VIII. Besluit en kosten

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

16. Gezien de verwerping van de vordering dient de verzoekende partij in de kosten te worden verwezen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Aannemingen Van Wellen tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 10 juli 2018, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier,

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest