

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**  
**VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER**

**A R R E S T**

**nr. 242.229 van 28 augustus 2018**  
**in de zaak A. 225.780/XII-8591**

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 NV 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

Tussenkommende partij:

de NV ARTES DEPRET  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Jos Timmermans  
kantoor houdend te 9300 Aalst  
Leo de Béthunelaan 46  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van de vordering*

1.                   De vordering, ingesteld op 27 juli 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 15 juni 2018 doch zoals betekend op 12 juli 2018, waarbij na heroverweging 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.

Met een verzoekschrift van 9 augustus 2018 heeft de nv Artes Depret gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 augustus 2018, om 11.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Evelien Van Hauter, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Jo Blockeel die *loco* advocaat Jos Timmermans verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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-builtonplannen 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 % van het gemiddelde bedrag van de ingediende offertes, wordt aan die inschrijver, in overeenstemming met artikel 44 van het <sup>‡</sup>CIISOADCF-BDEFJVV<sup>‡</sup>

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 de offertes van 26 januari 2018 wordt 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.

Bij arrest nr. 241.206 van 5 april 2018 beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging van deze beslissing.

De verwerende partij trekt de gunningsbeslissing van 26 januari 2018 in bij beslissing van 25 april 2018.

3.6. Bij brief van 12 april 2018 vraagt de verwerende partij inmiddels een aanvullende prijsverantwoording voor de posten 30, 33 en 35 tot 37 van het bestek.

De nv Artes Depret bezorgt op 20 april 2018 een aanvullende prijsverantwoording.

3.7. In het verslag van nazicht van de offertes van 5 juni 2018 wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Artes Depret voor het nagerekende inschrijvingsbedrag van 21.698.792,06 euro, btw niet inbegrepen.

3.8. Op 15 juni 2018 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Artes Depret.

Dit is de bestreden beslissing. Het verslag van nazicht van de offertes wordt aan deze beslissing gehecht.

De beslissing bevat de volgende motieven:

“[...]

Na grondig onderzoek kan besloten worden dat de prijsverantwoording van 24 januari 2018 van Artes Depret nv voor de globale prijs en voor de eenheidsprijzen van de posten 30, 33, 35, 36 en 37 aanvaard wordt en dat de gedetailleerd onderbouwde prijzen waarnaar Artes Depret nv in hun prijsverantwoording verwijst, overeenstemmen en gestaafd zijn met offertes van onderaannemers en leveranciers:

1. De globale totaalprijs

De totaalprijs van de offerte van Artes Depret nv ligt in de lijn van de raming (22.500.000 euro, excl. BTW).

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.

Deze omstandigheden betreffen met andere woorden onder meer de nabijheid van de werf, de terreinkennis, de opgebouwde ervaring, het benodigde materieel en de synergie van het materiaal-, materieel-, personeels- en opvolgingsbeleid, hetgeen uitzonderlijk gunstige omstandigheden betreffen die een voordelige totaalprijs kunnen rechtvaardigen.

Artes Depret nv is gehuisvest in Zeebrugge zelf, plaats waar de werken moeten worden uitgevoerd. Het is dan ook zo dat zij door haar ligging onmiskenbaar een concurrentieel voordeel heeft ten opzichte van de andere inschrijvers, zowel op vlak van transportkost, terreinkennis, flexibiliteit, etc.

Ook vergeleken met de totaalprijs van de laagst regelmatige aanbieder bij een recent gegunde eerdere opdracht voor een gelijkaardig werk, nl. bestek

6 van 2016 (gegrond op 8 september 2017): ‘Verlengen bestaande kaaimuur (1.071 m) aan de westzijde van het zuidelijk kanaaldok in de achterhaven van Zeebrugge’ is de totaalprijs voor de huidige opdracht zeker niet abnormaal laag. De prijs per lopende meter (1m) voor de opdracht met bestek 6 van 2016 bedroeg immers 21.655,66 euro/lm bij de laagst regelmatige aanbieder (en ook onderbouwd met prijsverantwoording). De prijs per lopende meter voor de huidige opdracht bedraagt 23.714,53 eurofim ( $\pm 9,5\%$ ). Er is dus een stijging op enkele maanden tijd van ongeveer 9,5 %.

2. Eenheidsprijzen van de posten 30, 33, 35, 36 en 37.

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.

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

Bovendien worden alle prijzen verantwoord en gestaafd met offertes/contracten van onderaannemers en leveranciers.

Er worden voor deze posten immers documenten voorgelegd van volgende onderaannemers:

POST 30

Marchand de Fer Delrue sa: onderaanneming voorlevering wapening

Steel Work bv: onderaanneming voor plaatsing wapening

Voorbij Funderingstechniek bv: onderaanneming voor heien prefab palen

Studiebureau Verhaeghe: onderaanneming voor uitzetten slibwand

Robuco Demolition bvba: onderaanneming voor afkappen palen

POST 33

Studiebureau Verhaeghe: onderaanneming voor uitzetten slibwand

Hanson Beton: onderaanneming voor beton

Artes Prefab nv: onderaanneming voor wapening

Noordzee Kraanverhuur bvba: onderaanneming voor huur merlo

Soletanche Bachy France SAS: onderaanneming voor uitvoeren slibwand

R. De Meulenaere & Zonen nv: onderaanneming voor grondwerken geleidemuurtjes

POST 35

Soletanche Bachy France SAS: onderaanneming voor uitvoeren slibwand

POST 36

Voorbij Funderingstechniek bv: onderaanneming voor leveren en plaatsen MV palen

Studiebureau Verhaeghe: onderaanneming voor uitzetten palen

POST 37

Noordzee Kraanverhuur bvba: onderaanneming voor plaatsen en verwijderen testframe

Studiebureau Verhaeghe: onderaanneming voor uitvoeren trekproef

Deze offertes/documenten werden nauwgezet onderzocht en blijken overeen te stemmen met de cijfermatige opbouw van de betreffende posten in de prijsverantwoording van Artes Depret.

Volgende bijkomende verantwoording wordt gegeven betreffende de zeer concurrentieel aangeboden prijzen door de onderaannemers van Artes Depret nv:

- Voorbij Funderingstechniek bv en Mobilis bv zijn zusterbedrijven die behoren tot dezelfde TBI ondernemingen, Mobilis bv is net als Artes Depret een partner in de THV combinatie ‘Rinkoniën’ voor de uitvoering van de Oosterweelwerken in Antwerpen, waarbij de bouw van voorliggende kaaimuur dienst zal doen als bouwdok voor de tunnelementen en kan zorgen voor synergie en schaalvergroting.

Deze combinatie bestaat uit Artes Depret, Artes Roegiers, CIT Blaton, Mobilis en Stadsbader, aangevuld door Boskalis voor het gedeelte Scheldetunnel.

De voorziene werken op linkeroever zijn reeds aan deze combinatie gegund.

- Soletanche Bachy is benoemd als nominated onderaannemer door bovenvermelde combinatie ‘Rinkoniën’ voor de uitvoering van alle slibwanden en kan genieten van dezelfde synergie & schaalvergroting.

- Afkappen van palen behoort tot de core-business en dagelijkse scope van Robuco nv.

- R. De Meulenaere & Zonen nv is een lokale grondwerker, met terreinkennis, die reeds veel gelijkaardige werken voor Artes Depret nv uitvoerde.

Met het bekomen van de bijkomende verantwoordingsstukken, nl. de offertes van de onderaannemers en leveranciers die na grondig onderzoek kunnen worden aanvaard, wordt tegemoet gekomen aan de opmerkingen van de Raad van State zoals geformuleerd in het arrest van 5 april 2018 zodat er derhalve geen aanleiding is om deze opdracht niet te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver, zijnde Artes Depret fly.

[...]

In het verslag van nazicht van de offertes van 5 juni 2018 wordt bovendien vermeld:

“[...]

Ook in vergelijking met de eerdere opdracht voor gelijkaardig werk (bestek 6, gegund op 8 september 2017) zijn de door N.V. ARTES DEPRET ingediende prijzen niet abnormaal laag:

- Voor de post die op substantiële wijze de hoogste waarde vertegenwoordigt, nl. post 33 ‘Diepwanden, Aanbrengen diepwand (uitgraven en beton)’ kan worden vastgesteld dat de eenheidsprijs van N.V. ARTES DEPRET méér dan 13% hoger ligt dan de eenheidsprijs die door de begunstigde van de opdracht van 8 september 2017 (post 23) was ingediend;

- Ook voor de post 36 ‘Leveren en plaatsen van MV-trekpalen’, die de tweede hoogste waarde vertegenwoordigt van de posten waarvoor een prijsverantwoording werd gevraagd, blijkt dat de eenheidsprijs van N.V. ARTES DEPRET eveneens merkelijk hoger ligt dan de overeenkomstige eenheidsprijs (post 26) van de begunstigde voor de opdracht van 8 september 2017;
- Voor wat de derde belangrijkste post betreft, nl. post 30 ‘In de grond gevormd heipalen in gewapend beton, minimum 1460 kN dienstlast’ ligt de eenheidsprijs van N.V. ARTES DEPRET dan weer iets lager, maar dit valt mede te verklaren door het feit dat er voor de onderhavige opdracht een lagere dienstlast wordt gevraagd dan bij de opdracht van 8 september 2017 (cf. post 22 ‘in de grond gevormd heipalen in gewapend beton, minimum 2100 kN dienstlast’).  
[...]

3.9. Met een aangetekende brief van 12 juli 2018 worden de verzoekende partijen in kennis gesteld van de gemotiveerde gunningsbeslissing van 15 juni 2018.

#### *IV. Tussenkoms*

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

#### *V. Schorsingsvoorwaarden*

5.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten,  
‡CIIISOADCF-BDEFJJV‡

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.

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

## *VI. Onderzoek van het enig middel*

### *Uiteenzetting van het middel*

6. 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 formele 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".

“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 herhaalde verwijzing naar individuele nabijheids- en ervaringskenmerken van vestiging personeel en materieel die locatiegebonden is, ondersteund door een parallel met een reeds gegunde opdracht in 2016 (bestek 6 — 2016), daar waar thans uit de prijsverantwoording voor de eenheidsprijzen blijkt dat voor de belangrijkste posten van de opdracht door de gekozen inschrijver beroep wordt gedaan op onderaannemers uit Frankrijk en Nederland aan wie cruciale aspecten van de opdracht worden doorgelegd.

Doordat, tweede onderdeel, de bestreden beslissing de door de inschrijver afgeleverde prijsverantwoording betreffende schijnbaar abnormale eenheidsprijzen heeft aanvaard onder verwijzing naar de weergave van de prijsbestanddelen, het rendement en de winstmarge, gestaafd door offertes en bestelbonnen van onderaannemers die in een bijkomende prijsverantwoording werden opgevraagd, doch zonder dat deze cijfermatige gegevens werden vertaald in afdoende concrete en objectieve factoren die de als abnormaal beschouwde prijzen rechtvaardigen.

Doordat, derde onderdeel, de bestreden beslissing de door de inschrijver afgeleverde prijsverantwoording betreffende schijnbaar abnormale eenheidsprijzen heeft aanvaard onder verwijzing naar de weergave van de prijsbestanddelen, het rendement en de winstmarge, gestaafd door offertes en bestelbonnen die in een bijkomende prijsverantwoording werden opgevraagd, zonder dat uit de geëxpliciteerde motieven blijkt dat de gekozen inschrijver hierdoor niet de mogelijkheid heeft verworven nieuwe prijselementen uit offerte en bestelbonnen daterende van na indiening der offertes te integreren in de offerte, en zo diens offerte te wijzigen minstens de stavingstukken op bestaande prijszettingen af te stemmen in plaats van andersom.

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 pertinentie 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 werden 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 aangehaalde niet cijfermatige motieven die specifieke ligging en geografische ervaring in hoofde van de inschrijver zelf voorwenden, evenals diens lokaal materiaalgebruik thans door de specifieke prijsverantwoording inzake de eenheidsprijzen wordt tegengesproken, nu blijkt dat voor 60% van de waarde van de opdracht een beroep wordt gedaan op buitenlandse onderaannemers die een vestiging hebben in Frankrijk en Nederland.

Dat een interne tegenstrijd tussen de motieven die van aard zouden zijn het wettelijk vermoeden van abnormale prijszetting te weerleggen enerzijds en deze motieven die van aard zouden zijn een cijfermatige verantwoording van de belangrijkste eenheidsprijzen uit te maken anderzijds, gelijk staat aan een gebrek aan de rechtens vereiste concrete, pertinente en correcte motieven die de bestreden beslissing aangaande de prijsverantwoording verantwoorden.

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

Dat art. 44 §3 en §4 samen gelezen met art. 74 §3 KB 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 de zorgvuldige beoordeling van de prijsverantwoording aan de hand van bestelbonnen en offertes van onderaannemers aanleiding dient te geven tot een concrete vertaling van deze bewijsstukken naar die relatieve voordelen en kenmerken die van aard zijn het verschil in prijszetting met de andere inschrijvers voor deze posten aan te tonen;

Dat het onderzoek van de prijsverantwoording dient te leiden tot het vaststellen van die concrete en objectieve factoren binnen de prijszetting van de onderaannemers die van aard zijn de als abnormaal beschouwde prijzen juist te rechtvaardigen.

Terwijl, derde onderdeel, het vragen van een prijsverantwoording in het licht van schijnbaar abnormale eenheidsprijzen niet van aard kon zijn de inschrijvers de gelegenheid te verschaffen de door hen gehanteerde eenheidsprijzen te regulariseren en te staven aan de hand van na opening der offertes opgevraagde offertes en bestelbonnen die van aard zijn de reeds ingediende prijszetting te onderbouwen, en op die manier de gelijke behandeling der inschrijvers te ondergraven.

Zodat, de bestreden beslissing die de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver aanvaardt zonder een vertaling kan worden gemaakt naar de concrete en objectieve factoren die verantwoordelijk zijn voor het prijsverschil met de overige aannemers, waarbij de relevantie en waarachtigheid van de verantwoordingselementen voor de totaalprijs worden ontkracht door de bijkomende prijsverantwoording voor de belangrijkste eenheidsprijzen, en zonder dat de relevantie van een eerdere opdracht van 2016 in concreto kan worden nagegaan, de in het middel aangehaalde wettelijke bepalingen en beginselen schendt.”

8. De verzoekende partijen betogen in een eerste onderdeel dat in het licht van de bijkomende identificatie van de onderaannemers ingevolge het schorsingsarrest van 5 april 2018, de niet-cijfermatige motieven die ter verantwoording van de totaalprijs worden gegeven, niet meer geloofwaardig noch langer pertinent zijn. Zij onderscheiden drie categorieën van motieven, die geen van allen van aard zijn de aanvaarding van de prijsverantwoording te staven. Het betreft 1) de verwijzing naar het feit dat er zeer flexibel en economisch kan worden opgetreden in de diverse fases en disciplines van het project, 2) de verwijzing naar de zogenaamde geografisch-specifieke optimalisatie van materiaal, personeel en ervaring, en 3) de verwijzing naar de prijs per lopende meter in het kader van een

eerdere opdracht voor een gelijkaardig werk, met name bestek 6 van 2016, gegund op 8 september 2017.

Wat het eerste motief betreft, stellen de verzoekende partijen dat dit overduidelijk een zogenaamde vage en abstracte verantwoording betreft.

Wat de tweede categorie van motieven betreft, de zogenaamde geografisch-specifieke voordelen van de gekozen inschrijver, betogen de verzoekende partijen dat naar aanleiding van de kennisneming van de bijkomende prijsverantwoording de onderaannemers zijn geïdentificeerd, dat blijkt dat voor het zwaartepunt van de opdracht onderaannemers uit Frankrijk en Nederland worden ingeschakeld en dat bijgevolg de relevantie van de geografisch-specifieke voordelen van de gekozen inschrijver teniet wordt gedaan door de omstandigheid dat voor een significant meerderheidsaandeel van de werken (60 % van het inschrijvingsbedrag) beroep wordt gedaan op buitenlandse onderaannemers. De verwerende partij heeft nagelaten deze vaststellingen in haar beoordeling na heroverweging te betrekken.

Wat de verwijzing naar de overheidsopdracht van bestek 6 van 2016 betreft, bestaat er volgens de verzoekende partijen geen correcte vergelijkingsbasis voor een correcte en zorgvuldige beoordeling van de prijsverantwoording om volgende redenen: 1) de inschrijving van nv Besix voor de opdracht van bestek 1 van 2017 is ten opzichte van bestek 6 van 2016 met 29% gestegen, 2) er zijn indicaties dat de inschrijving van nv Besix voor de opdracht van bestek 6 van 2016 een inschrijving is met een verboden variëte uitvoering, 3) de nv Artes Depret heeft als enige inschrijver goedkoper ingeschreven voor de opdracht van bestek 1 van 2017 in vergelijking met bestek 6 van 2016, en 4) de belangrijkste hoeveelheden voor de opdracht van bestek 6 van 2016 relatief gestegen zijn ten opzichte van bestek 1 van 2017.

9. In een tweede onderdeel van het enig middel lichten de verzoekende partijen toe dat de motieven om de eenheidsprijzen voor de posten 30,

33, 35, 36 en 37 te aanvaarden, geen enkele concrete verantwoording bevatten voor het prijsverschil met de gangbare marktprijzen. Voorts herhalen de verzoekende partijen dat de noodzaak om voor de belangrijkste posten een beroep te doen op externe (zelfs buitenlandse) onderaannemers die niet binnen de groep kunnen worden aangesproken, door de verwerende partij buiten beschouwing is gelaten. De verzoekende partijen achten het “in essentie onmogelijk” dat de gekozen inschrijver aan de hand van concrete stavingsstukken kan aantonen dat een externe aannemer een betekenisvolle lagere prijs kon verantwoorden. Het manifeste verschil in prijszetting met de overige inschrijvers die geen beroep doen op een externe onderaannemer wordt in de bestreden beslissing nog steeds niet verantwoord. Er is volgens de verzoekende partijen geen enkele garantie of de bestelbonnen en offertes van de onderaannemers niet zelf zijn aangetast door abnormale prijszettingen. Voor zover de passage binnen de bestreden beslissing aangaande het Oosterweelproject zou gelden als verantwoording van de aanvaarding van de eenheidsprijzen, wijzen de verzoekende partijen er op dat de opdracht voor de funderingswerken nog niet is gegund zodat de aangenomen synergie vooralsnog hypothetisch en voorwaardelijk is.

10. In een derde onderdeel stellen de verzoekende partijen dat uit de in de bestreden beslissing geëxpliciteerde motieven niet kan worden afgeleid of de gekozen inschrijver door de keuze voor een aanvullende prijsverantwoording niet in staat is gesteld de schijnbaar abnormale prijszettingen waarvoor zij een prijsverantwoording had gegeven en mocht aanvullen, te regulariseren door de stukken af te stemmen op de prijszetting in plaats van andersom.

### *Beoordeling*

#### *A. Vooraf*

11. 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.”

Overeenkomstig artikel 43 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 onderwerpt de aanbestedende entiteit de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek en kan zij daartoe de inschrijvers verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken.

Indien uit dat prijs- of kostenonderzoek blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, dient de aanbestedende overheid overeenkomstig artikel 44, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 een bevraging van deze prijzen of kosten uit te voeren.

Overeenkomstig artikel 44, § 2, verzoekt de aanbestedende overheid bij de prijzen- of kostenbevraging de inschrijver om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de abnormaal geachte prijs of kost te verstrekken. 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 eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver. [...]
- Zo nodig ondervraagt de aanbestedende overheid de inschrijver opnieuw.”

Overeenkomstig artikel 44, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 beoordeelt de aanbestedende overheid de ontvangen verantwoordingen en:

‡CIISOADCF-BDEFJIV‡

“1° stelt ofwel vast dat het bedrag van een of meer niet-verwaarloosbare posten een abnormaal karakter vertoont en weert de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;

2° ofwel, stelt vast dat het totale offertebedrag een abnormaal karakter vertoont en weert de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;

3° ofwel, motiveert in de gunningsbeslissing dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont.

[...].”

Voorts bepaalt het te dezen eveneens toepasselijke artikel 44, § 4, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 het volgende:

“Als bij een opdracht voor werken of voor een opdracht voor diensten in een fraudegevoelige sector, geplaatst bij openbare of niet-openbare procedure, de economisch meest voordelige offerte enkel geëvalueerd wordt op basis van de prijs, en voor zover minstens vier offertes in aanmerking genomen werden overeenkomstig de derde en vierde leden, voert de aanbestedende entiteit een prijzen- of kostenbevraging uit overeenkomstig de paragrafen 2 en 3, voor elke offerte waarvan het totale offertebedrag minstens vijftien procent onder het gemiddelde bedrag van de door de inschrijvers ingediende offertes ligt [...].”

Daarnaast kan nog worden gewezen op artikel 74, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017. Overeenkomstig die bepaling dient de aanbestedende overheid een substantieel onregelmatige offerte nietig te verklaren.

12. 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.

Bij het onderzoek naar het afdoende karakter van de motieven moet rekening worden gehouden met het geheel van de in de bestreden beslissing uitgedrukte motieven en niet met één 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.

Voorts wordt opgemerkt dat bij het onderzoek van de prijsverantwoording voor de totaalprijs rekening mag worden gehouden met elementen uit het deel van de prijsverantwoording voor eenheidsprijzen, dat ook niet-cijfermatige gegevens een prijsverantwoording kunnen uitmaken, en dat inlichtingen die niet afkomstig zijn van de inschrijver, mogen worden betrokken bij de beoordeling van een prijsverantwoording.

13. Ten slotte dient de aanbestedende overheid op grond van artikel 4 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 artikel 5 van dezelfde wet bevat deze beslissing onder meer de juridische en feitelijke motieven die er aan ten grondslag liggen

#### *B. Eerste onderdeel - de totaalprijs*

14. De verwerende partij heeft in de bestreden beslissing een aantal elementen uit de prijsverantwoording voor de totale offerteprijs van de tussenkomende partij aanvaard. De verzoekende partijen voeren in wezen aan dat de verwerende partij hiermee de perken van een zorgvuldige beoordeling is te buiten gegaan, alsook de bijzondere motiveringsplicht heeft geschonden waartoe de aanbestedende overheid is gehouden.

15. De verzoekende partijen overtuigen op het eerste gezicht niet om volgende redenen.

In de bestreden beslissing wordt vooreerst verwezen naar de omstandigheid dat de totaalprijs van de offerte van de tussenkomende partij in de lijn ligt van de raming. Dit element waaromtrent de verzoekende partijen geen kritiek voeren, lijkt de verwerende partij positief te mogen meenemen in haar eindbeoordeling van de verantwoording.

Voorts wordt in de bestreden beslissing gesteld dat de gekozen inschrijver verwijst naar het feit “dat er zeer flexibel en economisch kan worden opgetreden in de diverse fases en disciplines van het project”.

De verantwoording is hier evenwel niet toe beperkt, zodat alleen reeds om die reden de verzoekende partijen niet kunnen 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.

Er wordt in de bestreden beslissing immers ook verwezen naar de in de prijsverantwoording opgegeven bijzonderheden dat: 1) de vestiging van de gekozen inschrijver in de nabijheid van de werf ligt, en door haar ligging “onmiskenbaar een concurrentieel voordeel heeft ten opzichte van de andere inschrijvers, zowel op vlak van transportkost, terreinkennis, flexibiliteit etc.”; 2) de gekozen inschrijver in het verleden meerdere gelijksoortige kaaimeuren in Zeebrugge heeft uitgevoerd “waardoor terreinkennis en optimale aanpak van de benodigde disciplines goed gekend zijn”; 3) de gekozen inschrijver zelf het benodigde materieel in eigen bezit heeft, wat impliceert dat deze niet extern gehuurd dienen te worden aan hogere tarieven en de aan- en afvoerkosten beperkt zijn; en 4) de gekozen inschrijver “gedurende decennia onderhoudsaannemer in de haven van Zeebrugge is”.

Anders dan de verzoekende partijen het zien, lijkt, gelet op de ruime beoordelingsvrijheid waarover de aanbestedende overheid beschikt bij het prijsonderzoek, het aanvaarden van deze omstandigheden als “uitzonderlijk

gunstige omstandigheden” (in de zin van artikel 44, § 2, derde lid, 2°, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017) die een kostenverlagende synergie en analoog gevolg voor de totaalprijs kunnen rechtvaardigen, niet in te gaan tegen de geschonden geachte regelgeving en rechtsbeginselen. Deze regels en beginselen evenmin als de door de verzoekende partijen aangehaalde rechtspraak van de Raad van State lijken er op het eerste gezicht toe te strekken dat niet-cijfermatige gegevens steeds “cijfermatig vertaalbaar dienen te zijn in een financieel verschil met de overige inschrijvers”. Een aanbestedende overheid kan integendeel ook niet-cijfermatige gegevens aanvaarden als deze voldoende concreet zijn om een aanvaardbaar antwoord te vormen op een vraag naar de verantwoording van de totale prijs. De verzoekende partijen maken in het bijzonder niet aannemelijk dat het gegeven dat de tussenkomen partij voor de posten waarvoor een prijsverantwoording is gevraagd – diepwanden, heipalen, MV-palen – en die ongeveer 60 % van het inschrijvingsbedrag vertegenwoordigen, een beroep moet doen op externe (zelfs buitenlandse) onderaannemers en leveranciers, automatisch een concurrentieel nadeel impliceert ten opzichte van andere inschrijvers die voor die onderdelen gespecialiseerde aannemers hebben die “binnen de groep” werken, zoals de verzoekende partijen. Deze opvatting lijkt de beoordeling van de verwerende partij niet teniet te moeten doen. Voorts lijkt uit deze argumentatie noodzakelijkerwijze voort te vloeien dat de tussenkomen partij nog steeds een aanzienlijk deel van de opdracht zelf zal uitvoeren, waarbij zij nog steeds van de aangevoerde uitzonderlijke gunstige omstandigheden kan genieten.

16. Daarnaast heeft de verwerende partij de prijs per lopende meter voor de huidige opdracht vergeleken met de prijs per lopende meter voor de opdracht van bestek nr. 6 van 2016 bij de laagste regelmatige aanbieder (weliswaar ook onderbouwd met een prijsverantwoording). De verzoekende partijen betwisten de deugdelijkheid van die vergelijking.

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. De omstandigheid dat de inschrijving van de laagste regelmatige aanbieder voor bestek nr. 6 van 2016 thans voor onderhavige opdracht met 29% is gestegen vormt op zich een onvoldoende bewijs dat de eerdere opdracht niet-besteksconform wordt uitgevoerd. De stijging van de vermoedelijke hoeveelheden en, in aansluiting daarbij, de door de verzoekende partijen gemaakte vergelijking van de totaalprijzen zijn voorts niet dienstig want niet relevant voor de door de bestreden beslissing gemaakte vergelijking van de eenheidsprijzen per lopende meter.

17. De verzoekende partijen maken, gelet op het voorgaande, op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid, door te besluiten dat de prijsverantwoording aanvaardbaar is en er geen abnormale totaalprijs is, zij de aangevoerde regelgeving en beginselen zou hebben geschonden.

Het eerste onderdeel is niet ernstig.

### *C. Tweede onderdeel - eenheidsprijzen*

18. Aansluitend op het schorsingsarrest van 5 april 2018 en gevolg gevend aan de vraag van de verwerende partij om de nodige stavingsstukken (offertes van onderaannemers en leveranciers) te bezorgen voor de prijsverantwoording van de eenheidsprijzen van de posten 30, 33, 35, 36 en 37, heeft de tussenkomende partij haar prijsverantwoording aangevuld met offertes, contracten en jaarovereenkomsten van leveranciers en onderaannemers. Per post bevat de prijsverantwoording een gedetailleerde uitsplitsing tussen de werken uitgevoerd door de tussenkomende partij en de werken uitgevoerd door de *nominatim* geduide onderaannemer.

Raadpleging van de als vertrouwelijk neergelegde aanvankelijke en aanvullende prijsverantwoordingen van de tussenkomen partij – waarop de Raad van State ondanks het aangevoerde vertrouwelijk karakter vermag acht te slaan – lijkt de conclusies van de gunningsbeslissing dat de verschillende kosten en rendementen duidelijk vermeld staan en alle prijzen worden gestaafd aan de hand van offertes en contracten van onderaannemers en leveranciers, te bevestigen.

19. In zoverre de verzoekende partijen aanvoeren dat deze motivering opnieuw geen enkele concrete verantwoording bevat voor het prijsverschil met de gangbare marktprijzen, wordt vastgesteld dat de bestreden beslissing verwijst naar de bijkomende verantwoording die thans wordt gegeven betreffende de zeer concurrentieel aangeboden prijzen door de onderaannemers van de tussenkomen partij. Bovendien wordt in het verslag van nazicht van 5 juni 2018 dat aan de bestreden beslissing is gehecht, voor de posten 33, 36 en 30 en vergelijking gemaakt met de door de gekozen inschrijver ingediende prijzen voor de opdracht bestek nr. 6 van 2016 en gesteld dat de door de tussenkomen partij ingediende prijzen niet abnormaal laag zijn.

De kritiek van de verzoekende partijen dat de tussenkomen partij voor de belangrijkste posten een beroep dient te doen op externe (zelfs buitenlandse) onderaannemers terwijl het aanwenden van gespecialiseerde aannemers “binnen de groep” financieel voordeliger zou zijn, werd hiervoor reeds beantwoord bij de bespreking van het eerste onderdeel. Voorts sluit het vooralsnog hypothetisch en voorwaardelijk karakter van het gebruik van de kaaimuur – voorwerp van deze opdracht – als bouwdok voor de tunnelelementen van het Oosterweelproject, het bestaan van duurzame samenwerkingsverbanden tussen de tussenkomen partij en haar partners-onderaannemers in de “THV combinatie Rinkoniën” het kader van de Oosterweelwerken te Antwerpen, met mogelijke gunstige gevolgen naar prijszettingen toe, geenszins uit. De verzoekende partijen tonen in huidige stand van de procedure niet aan dat deze argumentatie irrelevant zou zijn. Overigens worden de andere motieven die in de bijkomende verantwoording daaromtrent worden gegeven, niet bekritiseerd, evenmin als de

vergelijking van de eenheidsprijzen voor de posten 33, 36 en 30 in het verslag van nazicht van de offertes van 5 juni 2018.

De verzoekende partijen maken, gelet op het voorgaande, op het eerste gezicht niet aannemelijk dat door in de gegeven omstandigheden de opgegeven prijsverantwoording voor de eenheidsprijzen te beschouwen als een afdoende, concreet onderbouwde prijsverantwoording, de verwerende partij de aangevoerde regelgeving en beginselen zou hebben geschonden.

Het tweede onderdeel is niet ernstig.

#### *D. Derde onderdeel*

20. Uit de als vertrouwelijk neergelegde aanvullende prijsverantwoording van de tussenkomende partij blijkt dat alle offertes en prijsovereenkomsten van onderaannemers en leveranciers dateren van vóór de indiening van de offerte op 11 januari 2018, zodat het derde onderdeel van het enig middel feitelijke grondslag mist.

#### *VII. Impliciete weigering*

21. In het voorwerp van hun vordering vragen de verzoekende partijen eveneens de schorsing van de tenuitvoerlegging van “de beslissing [...] waarbij [...] aan de offerte van verzoekende partij werd voorbijgegaan”. In het verzoekschrift wordt geen verdere argumentatie daaromtrent gevoerd.

Ter terechtzitting ontkennen de verzoekende partijen dat zij met hun verzoekschrift tevens de schorsing zouden nastreven van de impliciete weigering om hun de opdracht te gunnen, zodat dit niet het voorwerp uitmaakt van onderhavige procedure.

### *VIII. Besluit en kosten*

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

23. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

### **BESLISSING**

- 1. Het verzoek van de nv Artes Depret tot tussenkomst wordt ingewilligd.**
- 2. De Raad van State verworpt de vordering.**
- 3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 400 euro, een bijdrage van 40 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 28 augustus 2018, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

|                     |                        |
|---------------------|------------------------|
| Patricia De Somere, | staatsraad,            |
|                     | waarnemend voorzitter, |
| bijgestaan door     |                        |
| Johan Pas,          | griffier.              |

**De griffier**

**De voorzitter**

**Johan Pas**

**Patricia De Somere**