

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 245.243 van 26 juli 2019
in de zaak A. 228.546/XII-8758**

In zake: de NV HEYRMAN-DE ROECK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Uschi Steurs en Dirk De Keuster
kantoor houdend te 2980 Sint-Antonius - Zoersel
Handelslei 60
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de PROVINCIE OOST-VLAANDEREN, dienst Integraal
Waterbeleid
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9420 Erpe-Mere
Schoolstraat 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij :

de BVBA A. AUDENAERT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Piet Rotsaert
kantoor houdend te 8700 Tielt
Beernegemstraat 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 9 juli 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“1. Besluit van de Deputatie van de Provincie Oost-Vlaanderen, Directie Leefmilieu, Dienst Integraal Waterbeleid van 20 juni 2019 betreffende de goedkeuring van het verslag van nazicht van de offertes ‘Onderhoudswerken aan onbevaarbare waterlopen van 2de categorie’ en de gunning van de opdracht

XII-8758-1/19

‘Onderhoudswerken aan onbevaarbare waterlopen van 2e categorie 2019-2023’ Perceel 1 (Bovenshelde) aan Audenaert A. BVBA; en

2. Besluit van de Deputatie van de Provincie Oost-Vlaanderen, Directie Leefmilieu, Dienst Integraal Waterbeleid van 20 juni 2019 betreffende de goedkeuring van het verslag van nazicht van de offertes ‘Onderhoudswerken aan onbevaarbare waterlopen van 2de categorie’ en de gunning van de opdracht ‘Onderhoudswerken aan onbevaarbare waterlopen van 2e categorie 2019-2023’ Perceel 2 (Dendermeersen) aan Audenaert A. BVBA.

3. Besluit van de Deputatie van de Provincie Oost-Vlaanderen, Directie Leefmilieu, Dienst Integraal Waterbeleid van 20 juni 2019 betreffende de goedkeuring van het verslag van nazicht van de offertes ‘Onderhoudswerken aan onbevaarbare waterlopen van 2de categorie’ en de gunning van de opdracht ‘Onderhoudswerken aan onbevaarbare waterlopen van 2e categorie 2019-2023’ Perceel 3 (Land van Aalst) aan Quintelier NV.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

Met een verzoekschrift van 17 juli 2019 heeft de bvba A. Audenaert gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 juli 2019, om 10.00 uur.

Staatsraad Pierre Lefranc heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Uschi Steurs, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Flora Wauters, die *loco* advocaat Wim Rasschaert verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Piet Rotsaert, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor “Onderhoudswerken aan onbevaarbare waterlopen van 2de categorie 2019-2023”.

De Opdracht omvat 8 percelen. Enkel de gunningsbeslissingen in de eerste drie percelen maken het voorwerp uit van dit beroep.

De totale waarde van de opdracht wordt geraamd op 20.130.166,50 euro (btw niet inbegrepen) of 24.339.661,47 euro (btw inbegrepen).

Als gunningswijze wordt gekozen voor een openbare procedure met prijs als enige gunningscriterium.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie op 1 april 2019.

3.3. Met betrekking tot de keuze van de offerte wordt in het bestek onder randnummer 1.12 het volgende bepaald:

“De aanbestedende overheid kiest de economisch meest voordelige offerte, vastgesteld op basis van de prijs.

Door de indiening van zijn offerte aanvaardt de inschrijver al de clausules van het bestek en verzaakt hij aan alle andere voorwaarden. Voor zover tijdens het onderzoek van de offerte door de aanbestedende overheid wordt vastgesteld dat er door de inschrijver voorwaarden zijn gevoegd waardoor het onduidelijk is of de inschrijver zonder voorbehoud akkoord gaat met de voorwaarden van het bestek, behoudt de aanbestedende overheid zich het recht voor om de offerte als substantieel onregelmatig af te wijzen.

De aanbestedende overheid verbetert de rekenfouten en de zuiver materiële fouten in de offertes, zonder dat zij voor niet-ontdekte fouten aansprakelijk is. Hiervoor kan de aanbestedende overheid aan de inschrijver vragen om binnen de door haar bepaalde termijn de draagwijdte van zijn offerte te verduidelijken

of aan te vullen, zonder deze te wijzigen, teneinde de werkelijke bedoeling na te gaan.

Opdracht opgedeeld in percelen

De aanbestedende overheid heeft het recht om slechts enkele percelen te gunnen en eventueel te besluiten om de andere percelen op te nemen in één of meer nieuwe opdrachten die desnoods op een andere wijze zullen geplaatst worden.

De inschrijver mag een offerte indienen voor alle percelen. Aan dezelfde inschrijver kunnen echter hoogstens 2 percelen worden toegewezen. Indien de inschrijver de laagste regelmatige is voor meer dan 2 percelen, zullen hem 2 percelen worden toegewezen waarvan de totaalprijs het hoogst is.

De inschrijver mag zijn offerte niet aanvullen met prijskortingen die hij per perceel toestaat in geval van samenvoeging van bepaalde percelen waarvoor een offerte wordt ingediend.

De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijsonderzoek conform de formule voorzien in artikel 36 §4 van het Koninklijk Besluit van 18/04/2017.”

3.4. De inschrijvingen worden geopend op 30 april 2019. Acht firma's dienen voor één of meerdere percelen een offerte in.

3.5. Voor het eerste en tweede perceel (Bovenschelde en Dendermeersen) dienen 6 inschrijvers een offerte in, voor het derde perceel (Land van Aalst) dienen 5 inschrijvers een offerte in.

3.6. Met een schrijven van 16 mei 2019 wordt aan de bvba A. Audenaert een prijsverantwoording gevraagd, waarna deze inschrijver op 24 mei 2019 een prijsverantwoording verstrekt.

3.7. Op 11 juni 2019 wordt een verslag van nazicht van de offertes opgesteld.

In het kader van het nazicht van de abnormale eenheidsprijzen en totale offerteprijzen (conform artikel 36 §4 KB Plaatsing) komt de verwerende partij in het verslag van nazicht van de offertes tot volgend besluit:

“Perceel I (Bovenschelde)

[...]

Volgende abnormale totale offerteprijzen werden vastgesteld:

- Offerte nr. : 1 van A. Audenaert bvba

Totale Offerteprijs excl. btw : 2 448 150,00 EUR (afwijking.: - 15,14%)

Aan A. Audenaert bvba werd met brief van 16 mei 2019 een prijsverantwoording gevraagd voor de abnormaal lijkende totale offerteprijs t.o.v. het berekend gemiddelde. De firma A. Audenaert bvba maakte op 24 mei 2019 haar verantwoording over.

Deze verantwoording geeft geen aanleiding tot opmerkingen en wordt aanvaard.

NAZICHT ABNORMALE EENHEIDSPRIJZEN (excl. btw) voor de in deze fase laagst gerangschikte inschrijver

Aan A. Audenaert bvba werd met brief van 16 mei 2019 een prijsverantwoording gevraagd voor de posten 49 en 50. De firma A. Audenaert bvba maakte op 24 mei 2019 haar verantwoording over.

Deze posten (mobiele pompen van resp. 6" en 12") betreffen nieuwe, nog aan te kopen pompen waarvan het rendement wordt toegelicht in de prijsverantwoording. De opgegeven prijsverantwoording kan aanvaard worden.

[...]

Perceel 2 (Dendermeersen)

[...]

Er werden geen abnormale totale offerteprijzen vastgesteld.

NAZICHT ABNORMALE EENHEIDSPRIJZEN (excl. btw) voor de in deze fase laagst gerangschikte inschrijver

Aan A. Audenaert bvba werd met brief van 16 mei 2019 een prijsverantwoording gevraagd voor de posten 47 en 48. Post 47 (mobiele pomp van 6") betreft een nieuwe, nog aan te kopen pomp waarvan het rendement wordt toegelicht in de prijsverantwoording. Post 48 (mobiele pomp van 12") betreft een pomp aangekocht in 2009 (Eekels). Deze pomp is reeds afgeschreven, wat de lagere eenheidsprijs verklaart. De opgegeven prijsverantwoording kan aanvaard worden.

[...]

Perceel 3 (Land van Aalst)

[...]

Er werden geen abnormale totale offerteprijzen vastgesteld.

NAZICHT ABNORMALE EENHEIDSPRIJZEN (excl. btw) voor de in deze fase laagst gerangschikte inschrijver

Aan A. Audenaert bvba werd met brief van 16 mei 2019 een prijsverantwoording gevraagd voor de posten 47,48 en 107. De firma laat weten dat zij de ingediende eenheidsprijzen voor deze posten niet kunnen verantwoorden omdat zij bij de berekening ervan een vergissing hebben gemaakt. Daarom moet deze offerte als substantieel onregelmatig worden beschouwd.

De volgende laagst gerangschikte is de firma Quintelier nv, waarvoor geen abnormale eenheidsprijzen werden vastgesteld."

Voorgesteld wordt om de percelen 1 en 2 te gunnen aan bvba A. Audenaert en perceel 3 aan inschrijver nv Quintelier.

3.8. Op 20 juni 2019 beslist de verwerende partij om, overeenkomstig het verslag van nazicht dat integraal deel uitmaakt van de bestreden beslissingen, de percelen 1 en 2 te gunnen aan bvba A. Audenaert en perceel 3 aan inschrijver nv Quintelier.

3.9. Met een aangetekend schrijven van 24 juni 2019 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht werd gegund aan andere inschrijvers.

IV. Tussenkost

4. De bvba A. Audenaert blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkost ingewilligd.

V. Verzoek tot vertrouwelijke behandeling van bepaalde stukken

5. De verzoekende en de verwerende partij partijen vragen om een aantal stukken als vertrouwelijk te behandelen.

Met toepassing van artikel 26 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’ (hierna: rechtsbeschermingswet) worden de verzoeken ingewilligd. Het vertrouwelijk karakter van de betrokken stukken wordt ook door geen enkele partij betwist. Voorts mag de Raad deze stukken bij zijn beoordeling betrekken.

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 rechtsbeschermingswet van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen 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 beslissingen kan verantwoorden.

VII. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

7.1. Het eerste middel is genomen uit de schending van de artikelen 4, eerste lid en 5, §1, tweede lid, en 84 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (hierna: de wet overheidsopdrachten 2016), van de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren (hierna: het koninklijk besluit van 18 april 2017) en van het zorgvuldigheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht en het redelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Het middel bestaat uit twee onderdelen, die hierna worden uiteengezet en beoordeeld.

7.2. In het eerste middelonderdeel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 5, §1, tweede lid en 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 35 en 36 van voormeld koninklijk besluit van 18 april 2017, het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht doordat de verwerende partij de offerte van de bvba A. Audenaert niet voor alle percelen heeft geweerd aangezien de verwerende partij manipulatie diende vast te stellen bij het gebrek aan prijsverantwoording voor perceel 3. Het gebrek aan prijsverantwoording voor perceel 3 kan volgens de verzoekende partij redelijkerwijze niet anders uitgelegd worden dan als een poging tot manipulatie en “perceelshopping” bij de toewijzing aangezien de betrokken inschrijver voor dezelfde posten 49 en 50 (perceel 1) en 47 en 48 (perceel 2) wel een verantwoording heeft verstrekt. Aangezien de betrokken inschrijver de totaalprijzen kende en dus ook op de hoogte was van de rangschikking, heeft hij er volgens de verzoekende partij doelbewust voor gekozen om geen prijsverantwoording te verstrekken voor perceel 3 omdat hij wist dat hij dan in het licht van de bestekbepalingen perceel 1 en 2 zou toegewezen krijgen, in de plaats van perceel 1 en 3. Een dergelijke manipulatie is volgens de verzoekende partij een verboden handeling zoals bepaald in artikel 5, § 1, tweede lid, van de wet, op grond waarvan volgens de verzoekende partij de offerte van de betrokken inschrijver voor alle percelen had moeten worden geweerd en de gunningsbeslissing voor de drie percelen dient te worden geschorst. De verwerende partij schendt volgens de verzoekende partij bovendien de zorgvuldigheidsplicht en de materiële motiveringsplicht door hiervoor geen oog te hebben gehad, minstens het risico voor manipulatie niet te hebben opgemerkt.

7.3. In een tweede middelonderdeel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 4, eerste lid, en 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 35 en 36 van voormeld koninklijk besluit van 18 april 2017 en van het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht. De

verwerende partij kon volgens de verzoekende partij de offerte van de inschrijver bvba A. Audenaert voor perceel 3 niet weren aangezien de posten van het prijsonderzoek verwaarloosbare posten betreffen. Op basis van een combinatie van artikel 36, § 2, en artikel 36, § 3, van voormeld koninklijk besluit is de aanbestedende overheid volgens de verzoekende partij verplicht om de offerte niet te weren indien er sprake is van verwaarloosbare posten. Minstens heeft de aanbestedende overheid volgens haar het prijsonderzoek niet op een zorgvuldige wijze gevoerd doordat de verwerende partij de regels inzake de verwaarloosbare posten bij het prijsonderzoek niet correct heeft onderzocht én niet in redelijkheid heeft toegepast. Indien het tweede middelonderdeel ernstig wordt bevonden, moet volgens de verzoekende partij de toewijzingsbeslissing voor de percelen 2 en 3 worden geschorst. De verzoekende partij gaat er daarbij van uit dat de verwerende partij minstens het derde perceel aan de inschrijver bvba A. Audenaert had moeten toewijzen zodat perceel 2 aan haar moest worden toegekend omdat zij voor dit perceel als tweede was gerangschikt.

Beoordeling

7.4. In het eerste onderdeel van het middel wordt in essentie aangevoerd dat de bvba A. Audenaert er doelbewust voor gekozen zou hebben om geen prijsverantwoording te verstrekken voor perceel 3 opdat zij dan in het licht van de bestekbepalingen perceel 1 en 2 zou toegewezen krijgen, in de plaats van perceel 1 en 3. Een dergelijke manipulatie is volgens de verzoekende partij een verboden handeling zoals bepaald in artikel 5, § 1, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016.

7.5. Artikel 5, § 1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, verbiedt ondernemers om handelingen te stellen, overeenkomsten te sluiten of afspraken te maken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen.

Uit de samenlezing van de artikelen 5 en 69, 4°, van de wet overheidsopdrachten 2016 blijkt dat een aanbestedende overheid een kandidaat of

een inschrijver slechts kan uitsluiten van een opdracht voor het stellen van handelingen die gericht zijn op vervalsing van de mededinging indien zij over “voldoende plausibele aanwijzingen” beschikt om te besluiten dat de kandidaat of inschrijver dergelijke handelingen heeft gesteld.

7.6. Anders dan de verzoekende partij dit ziet, lijkt te dezen niet te kunnen worden aangenomen dat de verwerende partij over voldoende plausibele aanwijzingen beschikte om de gekozen inschrijver voor de eerste twee percelen uit te sluiten op grond van het stellen van mededingingsbeperkende handelingen, dan wel dat er reeds voldoende aanwijzingen waren die haar noopten tot een verder onderzoek op grond van het geschonden geachte zorgvuldigheidbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

7.7. Daarbij dient op de eerste plaats te worden vastgesteld dat de beweerde manipulatie van het prijsonderzoek waarop dit middelonderdeel steunt, niet wordt aangetoond en evenmin steun vindt in de stukken van het administratief dossier.

In de prijsverantwoording van 24 mei 2019 heeft de bvba Audenaert met betrekking tot de eenheidsprijzen voor de posten 47, 48 en 107 van perceel 3, waarvoor een verantwoording werd gevraagd, opgemerkt dat bij het narekenen van deze posten is gebleken dat een vergissing in de berekeningen werd gemaakt. Aangezien de schijnbaar abnormaal hoge eenheidsprijzen voor perceel 3 door de betrokken inschrijver aldus niet werden verantwoord, heeft de verwerende partij de offerte van deze inschrijver voor perceel 3 dan ook substantieel onregelmatig verklaard.

Waar de verzoekende partij ervan uitgaat dat de posten 47 en 48 in perceel 3 identieke posten betreffen als de posten 49 en 50 in perceel 1 en de posten 47 en 48 in perceel 2 en de verstrekte en aanvaarde prijsverantwoording voor deze laatste posten dus evenzeer opgaat voor de litigieuze posten 47 en 48 in perceel 3, lijkt zij niet te kunnen worden gevolgd.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt immers dat de bvba Audenaert voor de posten 47 en 48 van perceel 3 in haar offerte substantieel hogere eenheidsprijzen heeft opgegeven, respectievelijk 60 en 50 euro, tegenover 27 en 38 euro voor posten 49 en 50 van perceel 1 en 27 euro voor posten 47 en 48 van perceel 2. Uit de offerte en de verstrekte prijsverantwoording blijkt bovendien dat ook de opgegeven prijzen en de verantwoording voor de percelen 1 en 2 verschillen aangezien blijkbaar ook de aangeboden mobiele pompen van 12” verschillen.

De in de offertes opgegeven prijzen zijn vooraf vaststaande gegevens die ook in het licht van de gevolgde gunningsprocedure in beginsel niet gewijzigd kunnen worden. De prijsverantwoordingen, ondersteund door opgegeven kostenanalyses en rendementen, voor de percelen 1 en 2, lijken geen verantwoording te kunnen bieden voor in het kader van een ander perceel opgegeven eenheidsprijzen die nagenoeg een verdubbeling inhouden. Ook dient met de verwerende partij te worden vastgesteld dat de kennis van de inschrijvingsprijzen waarover de betrokken inschrijver beschikte, hoogstens een voorlopige rangschikking betrof, hetgeen veeleer een wankel basis lijkt te vormen om de beweerde complexe manipulatie op te steunen.

Op het eerste gezicht overtuigt de argumentatie van de verzoekende partij dan ook niet dat de verwerende partij op grond van het uitblijven van een prijsverantwoording voor de betrokken posten bij perceel 3 diende te vermoeden dat er sprake kon zijn van mededingingsbeperkende handelingen in hoofde van de gekozen inschrijver.

Voorts lijkt het veeleer van een zorgvuldig prijsonderzoek te getuigen dat de verwerende partij de betrokken inschrijver, gelet op de verschillen in de opgegeven eenheidsprijzen voor de mobiele pompen in de eerste drie percelen, om een prijsverantwoording heeft gevraagd.

7.8. Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

7.9. In het tweede middelonderdeel wordt in essentie aangevoerd dat op basis van een combinatie van artikel 36, § 2 en artikel 36, § 3 van voormeld koninklijk besluit de aanbestedende overheid verplicht zou zijn om de offerte niet te weren indien er slechts sprake is van verwaarloosbare posten. Minstens heeft de aanbestedende overheid volgens de verzoekende partij het prijsonderzoek niet op een zorgvuldige wijze gevoerd doordat zij de regels inzake de verwaarloosbare posten bij het prijsonderzoek niet correct heeft onderzocht én niet in redelijkheid heeft toegepast.

7.10. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 dienen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen en dienen zij op een transparante en proportionele wijze te handelen.

Artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 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 35 van het koninklijk besluit 18 april 2017 luidt:

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

Artikel 36, §§ 1, 2 en 3, van het voormelde koninklijk besluit luidt onder meer:

“§ 1. Indien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, voert de aanbestedende overheid een bevraging van deze laatste uit. [...]”

§ 2. [...] De aanbestedende overheid is er echter niet toe gehouden om verantwoording te vragen voor prijzen voor verwaarloosbare posten. [...].

§ 3. De aanbestedende overheid beoordeelt de ontvangen verantwoordingen en :

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.

[...].”

7.11. Op het eerste gezicht kan uit de bepaling dat de aanbestedende overheid er niet toe gehouden is om verantwoording te vragen voor prijzen voor verwaarloosbare posten, niet worden afgeleid dat het vragen van een prijsverantwoording in dergelijk geval niet toelaatbaar zou zijn.

7.12. Het begrip “verwaarloosbare posten” wordt niet gedefinieerd in de toepasselijke wetgeving. Het verslag aan de Koning vermeldt hierover het volgende:

“Bovendien bepaalt het vijfde lid van paragraaf 2 uitdrukkelijk dat de aanbestedende overheid niet verplicht is om formeel verantwoording te vragen voor prijzen voor verwaarloosbare posten. Er kan immers van worden uitgegaan dat deze geen invloed zullen hebben gezien hun verwaarloosbare aard. In het geval waarin de aanbestedende overheid ondanks alles toch zou overgaan tot bevraging van de prijzen voor verwaarloosbare posten, bij opdrachten bijvoorbeeld die meerdere abnormaal geachte prijzen in verwaarloosbare posten bevatten, en na onderzoek zou blijken dat de abnormaal bevonden prijzen van de verwaarloosbare posten heel beperkt in aantal zijn, kan de offerte toch nog beschouwd worden als zijnde regelmatig. Inderdaad is in de derde paragraaf verduidelijkt dat de offerte slechts geweerd wordt in twee hypothesen : omwille van het abnormaal karakter van het totale offertebedrag en/of vanwege een abnormaal karakter bij een of meerdere niet-verwaarloosbare posten.

Er werd geen gevolg gegeven worden aan de opmerking van de Raad van State om in het verslag aan de Koning praktijkvoorbeelden op te geven. Het al dan niet verwaarloosbare karakter van een bepaalde post moet altijd beoordeeld worden in het kader van de betrokken overheidsopdracht.”

Het advies 60.903/1 van de Raad van State, gegeven op 13 maart 2017 bevat de volgende opmerking:

“Aan de gemachtigde is gevraagd wat in artikel 36, § 2, vijfde lid, van het ontwerp, moet worden verstaan onder de woorden ‘verwaarloosbare posten’.

De gemachtigde antwoordde:

‘Het is onmogelijk een algemeen bruikbare definitie te geven van wat verwaarloosbaar is en wat niet. Het komt de aanbestedende overheid toe om de situatie te evalueren in functie van de betreffende opdracht.’

Het antwoord van de gemachtigde valt te begrijpen. Niettemin zou de ontworpen regeling aan toegankelijkheid winnen indien het begrip ‘verwaarloosbare posten’ aan de hand van een aantal voorbeelden in het verslag aan de Koning meer concreet zou kunnen worden gemaakt.”

7.13. De aanbestedende overheid beschikt dus in de gevallen waarin artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 niet van toepassing is, bij het al dan niet opstarten van de procedure van blijkbaar abnormale prijzen over een ruime discretionaire bevoegdheid. De Raad van State mag zich in de uitoefening van zijn wettigheidscontrole niet in de plaats van die overheid stellen, doch mag desgevraagd wel nagaan onder meer of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is geschied en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven. Een aanbestedende overheid, die met naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel wil handelen, is er wel toe gehouden om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat. Er dient te worden vastgesteld dat op het eerste gezicht noch de wet overheidsopdrachten 2016 noch het koninklijk besluit van 18 april 2017 aan de aanbestedende overheid een welbepaald criterium opleggen om de posten te selecteren waarop het prijzenonderzoek moet worden verricht, noch een bepaalde berekeningswijze verplicht stellen.

Een aanbestedende overheid beschikt over een grote beslissingsruimte bij het prijsonderzoek en het is haar in beginsel aldus toegelaten criteria te hanteren waarbij zij screent op abnormaliteiten, teneinde op een praktische en efficiënte wijze haar werkzaamheden bij dit onderzoek te verrichten.

Vereist is wel dat deze criteria zorgvuldig worden opgesteld en de perken van de redelijkheid niet te buiten gaan.

7.14. Het staat aldus aan de verzoekende partij aan te tonen dat in functie van de betrokken opdracht de evaluatie van de verwerende partij van het al dan niet verwaarloosbaar karakter van de posten de grenzen van haar appreciatiebevoegdheid overschrijdt, hetgeen zij te dezen niet lijkt aan te tonen. Het blijkt niet dat de verwerende partij geoordeeld heeft dat het slechts zou gaan om verwaarloosbare posten. Zij blijkt met betrekking tot de drie litigieuze posten net wel een prijsonderzoek te hebben gevoerd en om een prijsverantwoording te hebben gevraagd. Opgemerkt moet worden dat het niet gaat om één enkele post, doch om de eenheidsprijzen van drie posten waarvoor de verwerende partij een prijsverantwoording heeft gevraagd en waarvoor geen afdoende verantwoording werd verstrekt.

Er lijkt bovendien te moeten worden aangenomen dat een aanbestedende overheid bij haar beoordeling van het al dan niet verwaarloosbaar karakter van een post ook rekening kan houden met andere factoren dan louter en alleen de beperkte financiële omvang van een post. Te dezen blijkt de verwerende partij te hebben geoordeeld dat de kwestieuze posten, ondanks hun financieel geringe omvang, niet als verwaarloosbare posten worden beschouwd, in het bijzonder omdat het posten uitgedrukt in vermoedelijke hoeveelheden betreft, waarvan de hoegrootheid en de daarmee samenhangende waarde onder invloed van weersomstandigheden (zware neerslag) ernstig kan schommelen. Overigens heeft de verzoekende partij zelf de in de meetstaat opgegeven vermoedelijke hoeveelheden voor het ter beschikking stellen van mobiele pompen (posten 47 en 48) in vraag gesteld waar zij opmerkt dat het ter beschikking stellen van pompen gedurende 250 à 300 uren zeer weinig is gelet op de duur van de opdracht, zijnde van 1 juli 2019 tot 30 juni 2023. Volgens de verwerende partij staat het dan weer buiten kijf dat de inzet van deze pompen, waarop de litigieuze posten betrekking hebben, gelet op het voorwerp van de opdracht, van essentieel belang is. Post 107 blijkt ook betrekking te hebben op een vermoedelijke hoeveelheid, waarbij de in

het kader van perceel 3 opgegeven prijs substantieel hoger lag dan de in het kader van perceel 1 en 2 opgegeven prijzen voor de posten 109 en 107. Aldus kan niet aangenomen worden dat het getuigt van onzorgvuldigheid van de aanbestedende overheid dat zij ook voor post 107 van perceel 3 om een prijsverantwoording heeft gevraagd en het ontbreken van een afdoende prijsverantwoording van deze post mee in haar beoordeling heeft betrokken. De beoordeling dat het niet gaat om verwaarloosbare posten lijkt dan ook de grenzen van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten te gaan.

7.15. In de mate dat in het middelonderdeel wordt aangevoerd dat de verwerende partij de offerte van de inschrijver bvba A. Audenaert voor perceel 3 niet kon weren aangezien de posten van het prijsonderzoek verwaarloosbare posten betreffen, kan het dan ook niet worden aangenomen. Het uitgangspunt waarop deze grief steunt en waarbij wordt gesteld dat het gaat om drie verwaarloosbare posten, lijkt immers te falen.

7.16. In de mate dat de verzoekende partij in het kader van het tweede middelonderdeel verder nog aanvoert dat er sprake zou zijn van schending van de zorgvuldigheidsplicht en de materiële motiveringsplicht omdat uit het verslag van nazicht blijkt dat de verwerende partij voor wat betreft de percelen 4 en 5 prijsverantwoordingen heeft gevraagd en bij de beoordeling ervan uitdrukkelijk toepassing heeft maakt van de regels inzake de verwaarloosbare posten, terwijl de verwerende partij geen toepassing zou hebben gemaakt van de theorie van de verwaarloosbare posten voor perceel 3, lijkt zij evenmin te kunnen worden bijgevalen.

De verzoekende partij toont niet aan dat er een wettelijke of reglementaire bepaling aan de aanbestedende overheid de verplichting lijkt op te leggen om in de gunningsbeslissing of in het gunningsverslag dat aan de inschrijvers wordt betekend, bijzondere beschouwingen op te nemen omtrent het onderzoek naar abnormale prijzen en de opstart van de bevragingsprocedure bepaald in artikel 36 van het koninklijk besluit Plaatsing.

De materiële motiveringsplicht vereist wel dat voor elke administratieve beslissing rechtens aanvaardbare motieven bestaan met een voldoende feitelijke grondslag en dat het werkelijk bestaande feiten betreft die door het bestuur met de nodige zorgvuldigheid zijn vastgesteld. Zo hiervan al niet overtuigend blijkt wordt gegeven in het besluit zelf vereist de mogelijkheid tot controle hierop dat die grondslag blijkt uit het administratief dossier.

In dit verband wordt vooreerst verwezen naar hetgeen hierover reeds bij de beoordeling van het eerste middelonderdeel werd geoordeeld.

Het aangevoerde verschil in de beoordeling tussen de percelen 4 en 5 enerzijds, waar uitdrukkelijk wordt verwezen naar het niet verwaarloosbaar aandeel van posten waarvan de verantwoording niet kan worden aanvaard, en perceel 3, waarbij dit niet het geval is, lijkt voorts mee te worden verklaard door het feit dat bij de beoordeling van de percelen 4 en 5, anders dan bij de litigieuze beoordeling van perceel 3 het geval is, de verantwoording van een aantal posten door de aanbestedende overheid werd aanvaard, zodat tevens het aandeel van de posten werd onderzocht waarvoor de verantwoording niet werd aanvaard. Wat perceel 3 betreft, werd daarentegen voor drie prijzen een prijsverantwoording gevraagd, waarbij voor geen enkele post een afdoende prijsverantwoording werd verstrekt. Bovendien blijkt geenszins dat in het kader van deze andere percelen vergelijkbare posten wel als verwaarloosbare posten zouden zijn beschouwd door de aanbestedende overheid. Hoe dan ook kan de relatieve waarde van de betrokken posten per perceel ook verschillen. Verder wordt ook bij de beoordeling van de percelen 4 en 5 in het verslag van nazicht net als bij perceel 3 gewezen op de impact van het feit dat het gaat om posten met vermoedelijke hoeveelheden.

7.17. Ten slotte kan de verzoekende partij evenmin worden bijgetreden in de mate dat zij aanvoert dat ook het redelijkheidsbeginsel is geschonden omdat zij een perceel niet toegewezen krijgt voor een duur van 48 maanden met een waarde van 2.574.380 euro (btw niet inbegrepen) omdat een

andere inschrijver één post (post 107) niet heeft verantwoord met een waarde van ongeveer 4000 euro, wat minder dan 0,2 % van dit perceel zou betreffen.

Ook in dit verband wordt verwezen naar de beoordeling van het eerste onderdeel. Naast de vaststelling dat het niet gaat om één, maar wel om drie posten waarvoor geen afdoende prijsverantwoording werd verstrekt, wordt opgemerkt dat de verzoekende partij voorbijgaat aan het feit dat een aanbestedende overheid bij haar beoordeling van het al dan niet verwaarloosbaar karakter van een post ook rekening kan houden met andere factoren dan louter en alleen de beperkte financiële omvang van een post.

7.18. Ook het tweede onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

8. Geen van de middelonderdelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen. Het is passend, gelet op het enig verzoekschrift dat ook een beroep tot nietigverklaring bevat en het daardoor nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bvba A. Audenaert tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verworpt de vordering.

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

Pierre Lefranc,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Joris Casneuf,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Pierre Lefranc