

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 247.439 van 23 april 2020
in de zaak A. 230.372/XII-8876**

In zake: de NV APK WEGENBOUW
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Chris Schijns
kantoor houdend te 3600 Genk
Grotestraat 122
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF SPORT GEEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Noël Devos en Bram Vangeel
kantoor houdend te 2440 Geel
Diestseweg 155
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV SPORTINFRABOUW
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joris Wouters
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 5 maart 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e gemotiveerde beslissing tot niet-gunning van het AGB Sport [...] dd. 17.02.2020, waarbij de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp ‘Geel De Leunen:

Heraanleg voetbalpleinen en bouw paardenpiste, fase 1 tot en met 3', waarbij de offerte van APK Wegenbouw nietig wordt verklaard wegens substantieel onregelmatig, en waarbij de opdracht wordt gegund aan Sportinfrabouw”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij beschikking van 6 maart 2020, werd de zaak vastgesteld op zitting van 24 maart 2020, om 11.00 uur.

De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 17 maart 2020 heeft de nv Sportinfrabouw gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

Er is toepassing gemaakt van het koninklijk besluit nr. 12 van 21 april 2020 ‘met betrekking tot de verlenging van de termijnen van de rechtspleging voor de Raad van State en de schriftelijke behandeling van de zaken’.

De verzoekende partij heeft een zittingsnota ingediend.

De verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een zittingsnota ingediend.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend schriftelijk advies gegeven dat de partijen met een e-mailbericht ter kennis werd gebracht.

Het debat is gesloten op 17 april 2020 om 12.00 uur.

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. Het AGB Sport Geel schrijft een opdracht uit voor werken met als voorwerp “Geel De Leunen: Heraanleg voetbalpleinen en bouw paardenpiste – fase 1 tot en met 3”.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 6 augustus 2019.

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bestek met referte 2015-062-15200A.

3.4. De opdracht wordt gegund in een openbare procedure met de prijs als enig gunningscriterium.

3.5. De opening van de offertes vindt plaats op 10 september 2019.

De volgende kandidaten dienen een offerte in met de volgende prijzen, btw niet inbegrepen:

- de nv APK Wegenbouw: 1.233.443,98 euro,
- de nv Sportinfrabouw: 1.237.756,36 euro,
- de tm 3V-Infra: 1.522.359,75 euro,
- de tm Wegrosan-HMVT-Antea Realisatie: 1.491.922,01 euro.

3.6. Met een aangetekende brief van 28 oktober 2019 verzoekt de verwerende partij de verzoekende partij om een prijsverantwoording voor de posten 135 en 141.

3.7. Met een aangetekende brief van 7 november 2019 bezorgt de verzoekende partij een prijsverantwoording.

3.8. Het verslag van nazicht van de offertes dateert van 3 februari 2020.

Onder punt 8.4 “Klassement na financiële controle laagste offertes” wordt uit het prijsonderzoek en na prijsbevraging besloten dat de eenheidsprijzen voor de posten 135 en 141 van de offerte van de verzoekende partij abnormaal zijn en dat die derhalve substantieel onregelmatig is.

3.9. Bij besluit van 17 februari 2020 gunt de verwerende partij de opdracht aan de nv Sportinfrabouw.

De offerte van de verzoekende partij wordt wegens vaststelling van een abnormaal karakter van de eenheidsprijzen voor de posten 135 en 141 substantieel onregelmatig verklaard.

Dit is de bestreden beslissing.

3.10. Met een e-mailbericht en een aangetekende brief van 19 februari 2020 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte substantieel onregelmatig is.

IV. Tussenkost

4. De nv Sportinfrabouw 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. 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, 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.

VI. Onderzoek van het enig middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 4, 53, 83 en 84 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), artikel 4 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’, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van de materiële-

motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Het middel bevat vier onderdelen, die hierna worden uiteengezet en beoordeeld. Het eerste en het derde onderdeel komen eerst aan bod.

A. Eerste onderdeel

Uiteenzetting van het middelonderdeel

7. De verzoekende partij acht de in het enig middel aangevoerde bepalingen en beginselen geschonden doordat de beoordeling van de significantie van de abnormaal hoge en lage eenheidsprijzen, zoals gehanteerd in de bestreden beslissing, onwettig is, aangezien dit “criteria-mechanisme” geen grondslag vindt in het bestek, noch in de regelgeving. Naar het standpunt van de verzoekende partij hanteerde de verwerende partij dan ook onwettige criteria met betrekking tot de bepaling van het vermoeden van abnormale hoge en lage prijzen, zodat zij er niet “zonder meer” mocht van uitgaan dat deze posten abnormaal waren, en zij bovendien willekeurig bepaalt welke posten volgens haar verwaarloosbaar zijn en welke niet. Alleszins kan, volgens de verzoekende partij, niet worden nagegaan of de offerte van de tussenkommende partij eveneens “abnormale posten” bevat.

Op het verweer van de verwerende partij en de tussenkommende partij dat de aanbesteder hieromtrent over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt, antwoordt de verzoekende partij dat dit nog altijd geen vrijgeleide vormt om zonder meer willekeurig te werk te gaan, zoals te dezen. De verwerende partij is, door niet voorafgaandelijk een percentage te bepalen inzake een abnormale prijszetting, in de mogelijkheid geweest de gunning van de opdracht te sturen. De criteria van abnormale hoge en lage prijzen zoals opgenomen in de bestreden beslissing vinden geen grondslag in artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. De vraag of deze criteria op voorhand bekendgemaakt moesten worden, doet geen afbreuk aan het gegeven dat ze niet

willekeurig mochten worden opgesteld. Het verweer dat de posten 33 % en 174,7 % onder en boven de gemiddelde prijs gelegen zouden zijn, snijdt volgens de verzoekende partij geen hout wanneer de gemiddelde prijs zelf op willekeurige en onwettige wijze werd vastgesteld.

Beoordeling

8. 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 plaatsing 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 en 2 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. Bij de prijzen- of kostenbevraging verzoekt de aanbestedende overheid de inschrijver om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de abnormaal geachte prijs of kost te verstrekken binnen een termijn van twaalf dagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt. [...]

[...]

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.

[...]

De aanbestedende overheid is er echter niet toe gehouden om verantwoordingen te vragen voor prijzen voor verwaarloosbare posten.

Zo nodig ondervraagt de aanbestedende overheid de inschrijver opnieuw. Dit gebeurt schriftelijk. In dit geval kan de termijn van twaalf dagen worden ingekort.”

9. Op het eerste gezicht bevat de wet overheidsopdrachten 2016 noch het koninklijk besluit plaatsing 2017 een welbepaald criterium of een bepaalde berekeningswijze dat de aanbestedende overheid zou dienen te hanteren om de posten te selecteren waarop het prijzenonderzoek moet worden verricht, noch de verplichting dat deze elementen voorafgaandelijk in het bestek zouden dienen te worden vastgesteld. Ook het begrip “verwaarloosbare posten” wordt in de voornoemde regelgeving niet gedefinieerd.

Een aanbestedende overheid beschikt bij het al dan niet opstarten van de procedure van vermoedelijk abnormale prijzen bijgevolg over een aanzienlijke beoordelingsruimte 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. Het komt de Raad van State enkel toe om desgevraagd na te gaan of de betrokken motieven van dat onderzoek naar behoren zijn bewezen en of de beoordeling van het bestuur de perken van de zorgvuldigheid niet te buiten is gegaan.

10. In de mate dat in het onderdeel wordt aangevoerd dat de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij niet mocht weren op grond

van niet voorafgaandelijk vastgestelde criteria inzake een abnormale prijszetting, kan het dan ook niet worden aangenomen.

In de mate dat in het onderdeel wordt aangevoerd dat de verwerende partij willekeurig heeft bepaald welke posten volgens haar verwaarloosbaar zijn en welke niet, blijkt uit de bestreden beslissing op het eerste gezicht het tegendeel. De verwerende partij heeft ter beoordeling van de significantie van de abnormaal hoge en lage eenheidsprijzen op eenduidige wijze criteria bepaald – met name relatieve en absolute afwijkingspercentages – die op het eerste gezicht zowel de al dan niet verwaarloosbaarheid van de post als het vermoedelijk abnormaal karakter van de eenheidsprijs betreffen. Zij heeft de eenheidsprijzen van de offertes van zowel de verzoekende partij als de tussenkomenende partij getoetst aan deze twee criteria, en op grond van het resultaat van dit onderzoek vastgesteld dat de door de verzoekende partij opgegeven eenheidsprijs voor de post 135 een afwijking van 174,7 % en deze voor de post 141 een afwijking van 33 % vertoont ten opzichte van de gemiddelde eenheidsprijs. Zij heeft alsdan de verzoekende partij om een prijsverantwoording gevraagd voor de eenheidsprijzen voor de posten 135 en 141, waarna in de bestreden beslissing uitdrukkelijk wordt gemotiveerd waarom deze prijsverantwoordingen niet worden aanvaard en het abnormaal karakter van de eenheidsprijzen voor deze posten wordt vastgesteld. De verzoekende partij formuleert op zich geen kritiek op de gehanteerde relatieve en absolute afwijkingspercentages en toont bijgevolg op het eerste gezicht niet aan dat de verwerende partij haar beoordelingsruimte bij het vaststellen van de bedoelde criteria niet op zorgvuldige wijze zou hebben ingevuld.

In de mate dat ten slotte de verzoekende partij in haar zittingsnota aanvoert dat ook de gemiddelde eenheidsprijs zelf op willekeurige en onwettige wijze werd vastgesteld, lijkt zij aan het eerste onderdeel een nieuwe wending te geven die zij eerder in het debat had kunnen en moeten brengen. Voor zover deze kritiek samenvalt met deze aangevoerd in het derde onderdeel, wordt naar de beoordeling ervan verwezen.

11. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

B. Derde onderdeel

Uiteenzetting van het middelonderdeel

12. De verzoekende partij acht de in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen geschonden doordat volgens haar de verwerende partij haar beoordeling van de verstrekte prijsverantwoording voor de posten 135 en 141 op onzorgvuldige wijze heeft verricht.

Wat de post 135 betreft, hanteert de verwerende partij een tegenstrijdige motivering. De verwerende partij stelt in de bestreden beslissing inzake “leemtes” dat geen van de inschrijvers een eenheidsprijs voor hemelwaterputten toevoegt aan zijn inschrijving, terwijl de verzoekende partij in haar prijsverantwoording verduidelijkt dat zij wel degelijk “hemelwaterputten” alsook een prijs hiervoor heeft toegevoegd in haar offerte. De verwerende partij stelt bij de beoordeling van de prijsverantwoording dat “inschrijver 4” melding maakt van deze leemte in het bestek doch geen prijs opgeeft en de overige inschrijvers geen melding maken. Bovendien blijkt nergens uit dat, als gevolg van de onttrekking van het bedrag van de hemelwaterputten uit de offerte, de post 135 nog steeds als abnormaal mocht worden gekwalificeerd, en de verwerende partij de overige offertes ook hierop heeft gecontroleerd. Indien de tussenkomende partij hiervoor geen prijs heeft bepaald, moet haar offerte in feite aanzienlijk hoger zijn ten opzichte van deze van de verzoekende partij. Voorts, wanneer uit de prijs van de post 135 de hemelwaterputten worden onttrokken, blijft nog een bedrag van 55.000 euro over wat, uitgaande van een gemiddelde prijs van 26.000 euro, slechts een relatieve afwijking van 112 % bedraagt. Ook hier betwist de verzoekende partij de gemiddelde prijs van 26.000 euro, aangezien nergens uit blijkt dat de verwerende partij heeft onderzocht of de hemelwaterputten in de andere offertes zijn opgenomen of niet. Ten slotte bekritiseert de verzoekende partij de passage uit de bestreden beslissing dat het door haar voorgestelde systeem niet conform is; minstens had de verwerende partij een specifieke vraag daartoe moeten stellen.

Wat de post 141 betreft, zet de verzoekende partij uitvoerig uiteen, verwijzend naar het tweede middelonderdeel, dat de motivering om de prijsverantwoording te verwerpen, faalt in rechte en in feite.

In haar zittingsnota benadrukt de verzoekende partij nog dat het duidelijk is dat de al dan niet opname van alle hemelwaterputten onder de post 135 duidelijk een leemte is in het bestek zodat niet alle kandidaten een prijsopgave hebben gedaan. Een zorgvuldig handelende overheid had een nadere aanvullende prijsverantwoording op de eenheidsprijs van de onderaanneming moeten uitvoeren. Voorts stelt de verzoekende partij vast dat de verwerende partij zich quasi integraal verschuilt achter de bestreden beslissing en de onwettige gemiddelde prijs.

Beoordeling

13. Artikel 36, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“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.

[...].”

De aanbestedende overheid beschikt in beginsel over een aanzienlijke beoordelingsruimte om de in het kader van de toepassing van deze bepaling ontvangen prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden. De Raad van State mag zich, gesteld voor de toetsing van een dergelijke beoordeling, niet in de plaats stellen van het bestuur en zelf de beoordeling van de prijsverantwoording overdoen. Het komt hem enkel toe om desgevraagd een onrechtmatige beoordeling te sanctioneren.

14. De verzoekende partij heeft in haar verantwoording voor de door de aanbestedende overheid als abnormaal hoog aangemerkte eenheidsprijs voor de post 135 verwezen naar de offerte van een onderaannemer voor:

“alle werken cfr. beschrijving lastenboek onder 50.1 uitgezonderd onderstaande werken welke in eigen beheer worden uitgevoerd:

- alle benodigde grondwerken voor het plaatsen van de pompputten, leidingen en bekabeling van, door en rond de piste
- leveren en plaatsen RW putten 3x20.000L cfr. plan 5.2-9.”

In het verslag van nazicht wordt deze prijsverantwoording als volgt onderzocht en verworpen:

“[...] De inschrijver meldt dat in zijn eenheidsprijs voor post 135 de plaatsing van drie hemelwaterputten met een volume van elk 20.000 liter is inbegrepen. Deze hemelwaterputten worden vermeld in de aanbestedingsbescheiden, doch zijn niet als een specifieke post opgenomen in de meetstaat. Blijkens de overgemaakte berekening in zijn prijsverantwoording is de prijs om de drie hemelwaterputten te leveren en te plaatsen samen 19,17 % van de eenheidsprijs.

Het ontbreken van een post in de meetstaat voor deze drie hemelwaterputten kan beschouwd worden als een leemte in het verstrekte bestek. Inschrijver 4 maakte hiervan melding in zijn inschrijving, doch gaf hiervoor geen eenheidsprijs op. De overige 2 inschrijvers maakten geen melding. We verwijzen met betrekking tot dit item naar hoofdstuk 5.2 en 6 van dit verslag.

Na onttrekking van het bedrag voorzien voor de hemelwaterputten uit de eenheidsprijs voor de post, blijft in de prijsverantwoording de werken nodig tot het realiseren van het eb- en vloed systeem volgens 9-50.1 van het bestek. De prijsverantwoording vermeld hier concreet de aanwending van een onderaanneming en de assistentie aan de onderaanneming voor een gecumuleerde waarde. In de prijsverantwoording wordt vermeld dat het door de onderaanneming voorgesteld systeem conform het bestek is, zonder dat hiervoor nadere stukken aan de verantwoording worden toegevoegd.

De overige inschrijvers bieden voor deze post evenwel een merkkelijk lagere eenheidsprijs aan, m.n. minder dan de helft van de waarde van de post van inschrijver 1. Nadere toetsing van deze eenheidsprijzen aan offertes van potentiële installateurs, bevestigd voor de opmaak van de aanbestedingsraming kort voor de opening der offerten, toont dat de eenheidsprijzen van de overige inschrijver aansluiten op de marktprijzen voor dergelijke installatie.

Het gemiddelde van de eenheidsprijs voor deze post ligt op 26.000 €.

De prijsverantwoording vermeldt het toepassen van een onderaanneming. Hiervoor werd een eenheidsprijs opgegeven. Een verantwoording omtrent deze eenheidsprijs is evenwel niet in de prijsverantwoording gevoegd en kan dusdanig ook niet nader worden onderzocht waarom deze zo fel afwijkt van de eenheidsprijzen van de andere inschrijvers. Gelet het significant verschil in eenheidsprijs tussen inschrijver 1 en inschrijvers 2, 3 en 4 voerde de aanbesteder geen nadere aanvullende prijsverantwoording uit op de eenheidsprijs van de onderaanneming.

Gelet het significante prijsverschil van de eenheidsprijs voor post 135 tussen de inschrijver 1 en de inschrijvers 2, 3 en 4 en de gemiddelde eenheidsprijs voor de post 135, beschouw[t] de aanbesteder de eenheidsprijs van inschrijver 1 gegeven voor post 135 als abnormaal.”

15. Er lijkt *prima facie* geen tegenstrijdigheid te bestaan tussen de vaststelling in de bestreden beslissing dat de verzoekende partij in haar prijsverantwoording een prijs heeft opgegeven voor de hemelwaterputten en ondergebracht onder de post 135 enerzijds, en de vermelding dat het ontbreken van een post in de meetstaat voor deze drie hemelwaterputten kan worden beschouwd als een leemte in het bestek anderzijds.

Immers, zoals blijkt uit de overwegingen onder hoofdstuk 5.2, heeft “inschrijver 4” gemeld dat voor deze putten geen post is voorzien in de meetstaat, maar heeft hij hiervoor geen eenheidsprijs opgegeven, en maakten geen van de andere inschrijvers, ook de verzoekende partij niet, een melding van deze leemte en voegden zij aldus ook geen eenheidsprijs voor deze hemelwaterputten toe aan hun inschrijving. De verzoekende partij voert geen kritiek op de gevolgtrekking dat de leemte als dusdanig niet in een eenheidsprijs kan worden gevat om deze alsnog als leemte toe te voegen aan de offertes. De argumentatie van de verzoekende partij dat zij “wel degelijk ‘regenwaterputten’ alsook een prijs hiervoor heeft toegevoegd in haar offerte”, lijkt niet weg te nemen dat zij bij het indienen van haar offerte geen melding heeft gemaakt van een leemte in de meetstaat, en zij zich daar bijgevolg na het indienen van haar offerte overeenkomstig artikel 82 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 niet meer kan op beroepen, zoals te dezen in het kader van een prijsverantwoording.

Uit de voornoemde motieven blijkt niet alleen dat de overige inschrijvers voor deze post geen prijs voor hemelwaterputten hebben opgegeven, maar bovenal dat zij een merkelijk lagere eenheidsprijs aanbieden, “m.n. minder dan de helft van de waarde van de post van inschrijver 1”, en dat deze eenheidsprijzen aansluiten op de marktprijzen voor een dergelijke installatie, zoals blijkt uit de “[n]adere toetsing [...] aan offertes van potentiële installateurs, bevraagd voor de opmaak van de aanbestedingsraming kort voor de opening der offerten”. De verzoekende partij blijft op het eerste gezicht in gebreke het ondeugdelijk karakter aan te tonen van de overweging dat de door de verzoekende partij opgegeven eenheidsprijs voor de post 135, ook na aftrek van de prijs voor de hemelwaterputten, nog steeds significant hoger is dan de eenheidsprijzen van de overige inschrijvers welke aansluiten op de marktprijzen.

In de mate dat de verzoekende partij een passage uit de bestreden beslissing bekritiseert dat het door de onderaanneming voorgestelde systeem niet conform het bestek zou zijn, lijkt zij op het eerste gezicht méér te lezen dan in de betrokken passage vermeld staat. Er wordt immers enkel gewezen op het gebrek aan nadere stukken hiervoor. Wel wordt op het eerste gezicht terecht overwogen dat de prijsverantwoording het toepassen van een onderaanneming vermeldt zonder nadere verantwoording zodat “ook niet nader [kan] worden onderzocht waarom deze zo fel afwijkt van de eenheidsprijzen van de andere inschrijvers”. Een inschrijver kan zich immers niet eenvoudigweg beroepen op de met een winstmarge verhoogde prijs van een onderaannemer om zijn als abnormaal beschouwde prijs uit te leggen, doch dient hij in dat geval, anders dan de verzoekende partij het lijkt te zien, nadere informatie over de prijs van de onderaannemer te geven. Een verantwoording omtrent deze eenheidsprijs lijkt evenwel niet te worden bijgebracht, noch woordelijk, noch door middel van voeging van een offerte van de onderaannemer.

Voor zover de verzoekende partij nog doet gelden dat de verwerende partij haar opnieuw had moeten bevragen en een nadere aanvullende prijsverantwoording op de eenheidsprijs van de onderaanneming had moeten uitvoeren, wordt vastgesteld dat een vraag tot prijsverantwoording een ernstige aangelegenheid is en dat een om prijsverantwoording gevraagde inschrijver op

een overheidsopdracht dient te weten dat hij het risico loopt dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard. De bewijslast inzake de normaliteit van de *prima facie* abnormaal hoog bevonden eenheidsprijs ligt bij de betrokken inschrijver. Voorts omvat de mogelijkheid geboden aan de aanbestedende overheid door artikel 36, § 2, laatste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, om de inschrijvers opnieuw te bevragen, in beginsel geen verplichting daartoe. De verzoekende partij lijkt op het eerste gezicht geen bijzondere omstandigheden bij te brengen waaruit zou blijken dat de verwerende partij te dezen met toepassing van het voornoemde artikel 36, § 2, verplicht zou zijn geweest haar opnieuw te bevragen.

16. De verzoekende partij toont aldus op het eerste gezicht niet aan dat de verwerende partij de grenzen van een zorgvuldige beoordeling zou hebben overschreden door te oordelen dat de schijn van abnormaliteit niet is weggenomen na de gegeven prijsverantwoording voor de post 135, en de daartoe verstrekte motieven niet deugdelijk zouden zijn.

17. De offerte van de verzoekende partij werd als substantieel onregelmatig verworpen, zowel omwille van het abnormaal karakter van de eenheidsprijs voor de post 135, als omwille van het abnormaal karakter van de eenheidsprijs voor de post 141. Het eerste motief volstaat om de beoordeling, dat de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig is, te dragen. In het licht van artikel 36, § 3, eerste lid, 1°, en artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, lijkt de verwerende partij in beginsel zelfs geen andere keuze te hebben.

Er is dan ook op het eerste gezicht geen grond om in te gaan op de kritiek die de verzoekende partij doet gelden op de niet-aanvaarding van haar prijsverantwoording voor de vermoedelijk abnormaal laag bevonden eenheidsprijs voor de post 141. De verzoekende partij heeft immers geen belang bij die kritiek nu deze, zelfs indien ernstig, niet meer tot de vaststelling kan leiden dat haar offerte ten onrechte als substantieel onregelmatig werd verworpen.

18. Het derde onderdeel wordt verworpen.

C. Tweede onderdeel

Uiteenzetting van het middelonderdeel

19. De verzoekende partij acht de in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen geschonden doordat de verwerende partij in haar inhoudelijke beoordeling van de prijsverantwoording voor de post 141 een bijkomende technische specificatie oplegt die niet werd voorzien in het bestek. Deze bijkomende technische specificatie betreft een verboden technische specificatie. De verwerende partij oordeelt onterecht dat het aangeboden verschrallingszand niet voldoet aan de vereisten van het bestek.

Beoordeling

20. Zoals hiervoor onder randnummer 17 is gesteld, volstaat het motief van het abnormaal karakter van de eenheidsprijs voor de post 135 om de beoordeling, dat de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig is, te dragen. De verzoekende partij heeft bijgevolg geen belang bij de in dit tweede onderdeel van het enig middel geformuleerde kritiek, die de post 141 betreft, nu deze, zelfs indien ernstig, niet meer tot de vaststelling kan leiden dat haar offerte ten onrechte als substantieel onregelmatig werd verworpen.

21. Het tweede onderdeel wordt verworpen.

D. Vierde onderdeel

Uiteenzetting van het middelonderdeel

22. De verzoekende partij acht de in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen geschonden doordat de verwerende partij de gelijkheid der inschrijvers schendt wanneer zij voor de post 135, enerzijds, stelt dat geen van de inschrijvers de hemelwaterputten heeft opgenomen in hun offerte en, anderzijds, na prijsverantwoording vaststelt dat de verzoekende partij wel

degelijk deze putten heeft voorzien in haar offerte, om vervolgens de offerte van de tussenkomen de partij niet nader te onderzoeken aangaande deze hemelwaterputten. Het al dan niet opnemen van de hemelwaterputten in de offerte heeft evenwel een significante impact op de prijs van de post 135.

De verzoekende partij licht toe dat er een hele reeks onduidelijkheden bestaan tussen de verschillende offertes, zoals de niet-toetsing van de offerte van de tussenkomen de partij aan de vereiste van M31 verschrallingszand en het niet onderzoeken of zij hemelwaterputten heeft opgenomen in de post 135. De verwerende partij geeft toe dat er, wat de hemelwaterputten betreft, een leemte in haar bestek vervat zit, maar is er gewoonweg van uitgegaan dat geen enkele inschrijver hiervoor een prijs heeft opgegeven terwijl de prijsverantwoording van de verzoekende partij wel vermeldt dat zij hiervoor een prijs heeft gegeven. Het komt de verzoekende partij dan ook voor dat de tussenkomen de partij de opdracht enkel werd gegund door de wering van de offerte van de verzoekende partij. Een omstandige motivering impliceert volgens haar niet *ipso facto* een deugdelijke motivering.

In haar zittingsnota benadrukt de verzoekende partij nog dat de gelijkheid tussen de offertes is geschonden omdat haar offerte werd onderworpen aan een strengere, minstens niet gelijkwaardige beoordeling in vergelijking met deze van de tussenkomen de partij.

Beoordeling

23. De offerte van de verzoekende partij werd als substantieel onregelmatig verworpen omwille van het abnormaal karakter van de eenheidsprijs voor de posten 135 en 141.

Uit de bestreden beslissing blijkt dat ook de offerte van de tussenkomen de partij is gescreend op abnormale eenheidsprijzen rekening houdend met dezelfde criteria inzake (niet-)verwaarloosbare posten.

De verzoekende partij maakt op het eerste gezicht niet aannemelijk dat zij aan een strengere beoordeling zou zijn onderworpen en bijgevolg ongelijk zou zijn behandeld ten opzichte van de gekozen inschrijver, en nog minder dat zij de opdracht “diende toegewezen te krijgen”.

24. Het vierde onderdeel is niet ernstig.

VII. Besluit en kosten

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

26. In de gegeven omstandigheden past het de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ten laste te leggen van de verzoekende partij.

27. De verwerende partij vordert in haar nota een verhoogde rechtsplegingsvergoeding ten bedrage van 840 euro.

Gelet op het bepaalde in artikel 67, § 2, laatste lid, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ is er evenwel aanleiding om de rechtsplegingsvergoeding te beperken tot het basisbedrag, zijnde 700 euro.

BESLISSING

1. Het verzoek tot tussenkomst van de nv Sportinfrabouw 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.

4. De kennisgeving van dit arrest aan de partijen gebeurt met een e-mailbericht.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op drieëntwintig april tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Patricia De Somere