

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 247.827 van 18 juni 2020
in de zaak A. 230.742/XII-8900**

In zake:

1. de NV DENYS
2. de NV SMET - F & C
samen vormend de maatschap NV DENYS – SMET-F&C NV
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2650 Antwerpen
Mechelsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

1. de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de Eerste
Minister, en de Minister van Mobiliteit
2. de MAATSCHAPPIJ VOOR HET INTERCOMMUNAAL
VERVOER TE BRUSSEL (MIVB)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Renaud van Melsen en Manuela von Kuegelgen
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 250 bus 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV BAM CONTRACTORS
2. de NV GALÈRE
3. de NV SOLETANCHE BACHY FRANCE
samen vormend een tijdelijke maatschap PROGRES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Joris Wouters en Christophe Lenders
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 mei 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Administrateur-Directeur generaal van MIVB van 28 april 2020 waarbij de overheidsopdracht van werken ‘Uitbreiding van het metronet naar het Noorden-constructie Kunstwerken Noordstation’ wordt gegund aan SM Progres”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De tussenkomende partijen hebben een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend.

De verzoekende partijen hebben een zittingsnota ingediend.

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

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest eensluidend schriftelijk advies gegeven, dat aan de partijen met een e-mailbericht ter kennis werd gebracht.

De verwerende partij heeft “een pleitnota” ingediend.

Het debat is gesloten op 12 juni 2020.

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. Aanwijzing van de verwerende partij

3.1. In hun nota doen de verwerende partijen gelden dat de Maatschappij voor het Intercommunaal Vervoer te Brussel (hierna: MIVB) de bouwheer is en dat de Belgische Staat enkel als gedelegeerde bouwheer is tussengekomen, zodat deze laatste buiten de zaak dient te worden gesteld. De verwerende partijen doen hierbij nog gelden dat de bestreden beslissing werd genomen door de MIVB en dat de Belgische Staat enkel ondersteuning verleent bij deze opdracht en de bestreden beslissing enkel ter kennis heeft gebracht van de inschrijvers.

3.2. In beginsel is de verwerende partij de administratieve overheid die de bestreden beslissing heeft genomen of bij het nemen van die beslissing decisief betrokken is geweest en die er dan ook toe geroepen is om de rechtmatigheid van de bestreden beslissing te verdedigen in de rechtspleging voor de Raad van State. Daarnaast is het voor de aanwijzing van de verwerende partij vooral van belang welke overheid gehouden kan zijn tot de uitvoering van een eventueel vernietigingsarrest en de daaraan verbonden verplichting tot rechtsherstel.

Het in de voorliggende zaak toepasselijke bestek bepaalt te dezen:

“3.2 Bijzonderheden van de opdracht

Bouwheerschap van de opdracht

De aandacht van de inschrijvers wordt gevestigd op het feit dat voor huidige opdracht het bouwheerschap werd gedelegeerd.

Tenzij uitdrukkelijk anders vermeld in het huidige lastenboek, is de Gedelegeerd Bouwheer of GBH (FOD Mobiliteit en Vervoer - Directie Vervoerinfrastructuur - Beliris) bevoegd voor alle administratieve handelingen binnen het kader van de onderhavige opdracht.

[...]

4.2. Aanbesteder / Bouwheer

Bouwheer, BH:

Maatschappij voor het Intercommunaal Vervoer te Brussel (M.I.V.B.) met maatschappelijke zetel op de Koningsstraat 76, 1000 Brussel.

Gedelegeerd Bouwheer, GBH of Bestuur:

FOD Mobiliteit en Vervoer

Directie Vervoerinfrastructuur

Vooruitgangstraat 56

1210 Brussel.”

Uit het administratief dossier blijkt dat de plaatsingsprocedure werd gevoerd door de Belgische Staat en dat de bestreden beslissing werd ondertekend door de administrateur-directeur generaal van de MIVB.

Aldus blijkt dat zowel de Belgische Staat als de MIVB te dezen zeer nauw betrokken zijn geweest bij de plaatsing van de opdracht en het nemen van de bestreden beslissing. Zij blijken dan ook allebei gehouden te zijn tot de uitvoering van een eventueel schorsingsarrest en tot het verlenen van het daaraan verbonden rechtsherstel.

Het verzoek van de Belgische Staat om buiten de zaak te worden gesteld wordt verworpen.

IV. Feiten

4.1. De FOD Mobiliteit en Vervoer - Directie Vervoerinfrastructuur - Beliris (hierna: Beliris) schrijft een overheidsopdracht van werken uit voor ‘Uitbreiding van het metronet naar het Noorden - Constructie Kunstwerken Noordstation’. De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure, waarbij de prijs het enige gunningscriterium is. Het betreft een opdracht in de speciale sectoren.

Uit het bestek blijkt dat de bouwheer voor de opdracht de MIVB is en dat Beliris optreedt als gedelegeerd bouwheer.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 18 juni 2019 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie op 21 juni 2019.

4.2. Er worden vier offertes ingediend. De verzoekende partijen hebben bij opening van de offertes met een bedrag van 53.803.768,45 euro, btw inbegrepen, de tweede laagste offerte, na deze van de tussenkomende partijen met een bedrag van 53.655.482,47 euro, btw inbegrepen.

4.3. De inschrijvers worden alle vier geselecteerd. Vervolgens worden hun offertes onderzocht. Na verbetering en aanpassing van de offertes is deze van de verzoekende partijen de laagste met een bedrag van 53.746.375,44 euro, btw inbegrepen, de offerte van de tussenkomende partijen is nu de tweede laagste met een bedrag van 53.756.565,62 euro, btw inbegrepen.

In het kader van het prijsonderzoek wordt vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partijen een schijnbaar abnormaal lage eenheidsprijs bevat voor post 347 'sloop van jetgroutelementen'. Er wordt een prijsverantwoording aan de verzoekende partijen gevraagd, deze wordt door hen gegeven.

4.4. Met de thans bestreden beslissing van de administrateur-directeur generaal van de MIVB van 28 april 2020 wordt de opdracht gegund aan de tussenkomende partijen, samen vormend de tijdelijke maatschap Progrès. Deze beslissing is uitvoerig gemotiveerd over 40 bladzijden en bevat tevens het gunningsverslag.

Wat het prijsonderzoek betreft, wordt beslist om de prijsverantwoording van de verzoekende partijen voor post 347 'sloop van jetgroutelementen' niet te aanvaarden en de offerte van de verzoekende partijen te weren als onregelmatig.

Daarnaast wordt in de bestreden beslissing in het kader van het algemeen prijsonderzoek vastgesteld, zowel bij de offerte van de verzoekende partijen als bij deze van de tussenkomende partijen, dat, hoewel bij beide

inschrijvers diverse posten door de aanbestedende overheid abnormaal hoog dan wel laag worden verklaard, de aanbestedende overheid heeft beslist om toch geen prijsverantwoording voor de betrokken posten te vragen, welke handelwijze vervolgens post per post nader wordt toegelicht.

Er wordt vastgesteld dat de offerte van de tussenkomen de partijen regelmatig is. Er wordt vervolgens beslist om de opdracht te gunnen aan de tussenkomen de partijen.

4.5. Met een aangetekend schrijven van 6 mei 2020 geeft Beliris kennis aan de verzoekende partijen van de bestreden beslissing.

V. Tussenkomen

5. De nv Bam Contractors, de nv Galère en de nv Soletanche Bachy France, samen vormend de tijdelijke maatschap Progrès, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet hun verzoek tot tussenkomen worden ingewilligd.

VI. Schorsingsvoorwaarden

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

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

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

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

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

VII. Onderzoek van het derde onderdeel van het enig middel

Standpunt van de partijen

7. De verzoekende partijen voeren in het verzoekschrift in een enig middel de schending aan van “[a]rt. 43 en 44§1 en §3 KB Plaatsing Speciale Sectoren in samenhang gelezen met artikel 69.3 van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten’; [a]rt. 4 Wet Overheidsopdrachten en het daaruit voortvloeiend beginsel van de gelijke behandeling der inschrijvers; [d]e formele motiveringsplicht zoals neergelegd in art. 4 en 5 Wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten’; [d]e materiële motiveringsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur; [h]et zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur”.

Het middel wordt vervolgens onderverdeeld in drie uitvoerig beargumenteerde onderdelen.

Derde onderdeel

8. In het verzoekschrift vatten de verzoekende partijen het derde onderdeel zelf als volgt samen:

“Doordat, derde onderdeel, de aanbestedende overheid over het blijvend abnormaal karakter van verschillende éénheidsprijzen heeft geoordeeld op basis van een eigen motivering, zonder verzoek tot prijsverantwoording van de betrokken inschrijver.

[...]

Terwijl, derde onderdeel, art. 44 KB Plaatsing 2017 aan de aanbestedende overheid de verplichting oplegt om aangaande de prijsposten die zij identificeert als schijnbaar abnormaal een prijsverantwoording op te vragen bij de betrokken inschrijver, zodat zij anders dan onder de vorige regelgeving overheidsopdrachten niet over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid beschikt om de tegenspraak al dan niet te respecteren en desgevallend op grond van eigen overwegingen aan het vragen van een prijsverantwoording te verzaken.

Dat overeenkomstig art. 69.3 richtlijn 2014/24/EU de aanbestedende dienst de verstrekte informatie betreffende de schijnbaar abnormale eenheidsprijzen dient te beoordelen in overleg met de inschrijver.

Dat met toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur de aanbestedende overheid bij het prijsonderzoek rekening dient te houden met alle relevante en beschikbare elementen.

Dat er in het licht van de gewijzigde regelgeving overheidsopdrachten sprake is van willekeur, minstens van een gebrekkige invulling van het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers, indien de aanbestedende overheid het al dan niet blijvend abnormaal karakter van bepaalde eenheidsprijzen nu eens beoordeelt aan de hand van eigen motieven en deducties en dan eens aan de hand van een formele prijsverantwoording.

Zodat, de bestreden beslissing die de offerte van verzoekende partij als substantieel onregelmatig weert i) op grond van één prijspost die aan de hand van niet transparante en objectieve criteria als een schijnbaar abnormale prijs werd geïdentificeerd, zonder het al dan niet verwaarloosbaar karakter van deze prijspost in de totaliteit van de opdracht werd vastgesteld, en ii) zonder dat de aanbestedende overheid in de door haar gehanteerde methodiek van prijsonderzoek voor alle prijsposten die als schijnbaar abnormaal werden geïdentificeerd een deugdelijke prijsverantwoording aan alle inschrijvers heeft gesteld, de in het middel aangehaalde wettelijke bepalingen en beginselen schendt.”

In de toelichting bij het middelonderdeel betogen zij nog het volgende:

“Na het doorlopen van het algemeen prijzenonderzoek (en de opgevraagde prijsontledingen in dat kader) was er overeenkomstig de gunningsbeslissing sprake van 17 posten met een schijnbaar abnormaal laag karakter en 4 posten met een schijnbaar abnormaal hoog karakter in de offerte van verzoekende partij en 9 schijnbaar abnormaal lage posten en 9 schijnbaar abnormale hoge posten in de offerte van [de gekozen inschrijver].

Desondanks werd ten aanzien van verzoekende partij slechts voor één schijnbaar abnormaal lage prijspost in het kader van het bijzonder prijzenonderzoek om een eigenlijke prijsverantwoording verzocht met toepassing van art. 44 KB Plaatsing, namelijk post nr. 347 van verzoekende partij. Het schijnbaar abnormaal karakter van de overige prijsposten werd door de aanbestedende overheid zelf beoordeeld zonder enige inbreng vanwege de betrokken inschrijvers.

Ook voor de gekozen inschrijver dient te worden vastgesteld dat deze finaal geen prijsverantwoording diende te verstrekken voor de na het algemeen prijzenonderzoek geïdentificeerde schijnbaar abnormale eenheidsprijzen, doch op grond van eigen overwegingen werd besloten tot het gebrek aan blijvend abnormale eenheidsprijzen. Dat dit zelfs werd besloten ondanks het feit dat de offerte van de gekozen inschrijver nochtans ook grote afwijkende posten bevatte (zie bijvoorbeeld post 345 (met een gewicht van 10,96%) waar inschrijver 1 meer dan 50% afwijkt van gemiddelde).”

Enkel na het opvragen van een prijsverantwoording zal volgens de verzoekende partijen de aanbestedende overheid zorgvuldig kunnen oordelen over het schijnbaar abnormaal karakter. De loutere beoordeling hiervan door de aanbestedende overheid ondermijnt de gelijke behandeling van de inschrijvers en de zekerheid op een gedegen uitvoering van de opdracht.

9. In hun nota met opmerkingen betogen de verwerende partijen dat, anders dan de verzoekende partijen stellen, de gevolgde werkwijze volstrekt in de lijn ligt met de vigerende wetgeving. Zij verwijzen hiervoor naar het arrest van de Raad van State nr. 241.595 van 24 mei 2018.

De verwerende partijen repliceren voorts dat er geen sprake is van een schending van de gelijkheid van de inschrijvers. Dezelfde methode werd immers toegepast op zowel de offerte van de verzoekende partijen als op deze van de gekozen inschrijver. De omstandigheid dat de toetsing in het ene geval wel tot een verzoek tot prijsverantwoording heeft geleid, en niet in het geval van de gekozen inschrijver, heeft te maken met de kenmerken van de respectieve offertes en de betrokken eenheidsprijzen, waarvan de schijnbare abnormaliteit *in concreto* werd beoordeeld. De verzoekende partijen voeren voorts geen kritiek op de uitvoerige motieven waarop de bestreden beslissing steunt, noch stellen zij dat hun offerte anders of strenger werd beoordeeld dan die van de gekozen inschrijver.

10. De tussenkomenende partijen stellen in de eerste plaats dat de verzoekende partijen geen belang hebben bij het middel. De verzoekende partijen dienen immers aan te tonen dat zij kans maken op de gunning van de opdracht. Hun offerte is substantieel onregelmatig verklaard niet alleen omwille van de abnormaal lage en niet-verantwoorde prijs voor post 347, maar ook omdat de offerte technisch niet conform en speculatief is, de gelijkheid van de inschrijvers schendt en de verbintenis om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren minstens onvolledig of onzeker is. Zij hebben de motivering daartoe niet betwist. Hun offerte blijft dan ook substantieel onregelmatig. Zij hebben derhalve geen belang bij de kritieken die zij formuleren in het middel.

Voorts verwijzen de tussenkomenende partijen eveneens naar het voormelde arrest nr. 241.595 van 24 mei 2018 om te stellen dat de verwerende partij geenszins verplicht was om een prijsverantwoording te vragen, en wijzen zij erop dat de verwerende partij de offertes van de verzoekende partijen en de gekozen inschrijver op een gelijke wijze heeft behandeld.

11. In hun zittingsnota antwoorden de verzoekende partijen dat hun offerte enkel substantieel onregelmatig is bevonden en geweerd omwille van een abnormale eenheidsprijs voor post nr. 347 die niet verantwoord kon worden met toepassing van artikel 44, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren

2017, niet omwille van een gebrek aan technische conformiteit. Zij hebben er dan ook belang bij de rechtsgeldigheid van het prijsonderzoek te betwisten en aan te voeren dat de verwerende partij ten onrechte geen prijsverantwoording heeft gevraagd voor alle schijnbaar abnormale prijzen.

Voorts negeren de verwerende partij en de tussenkomende partijen het Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit plaatsing 2017 en artikel 69.3 van de richtlijn 2014/24/EU waaruit de verplichting tot inbreng van de inschrijver ingeval van een schijnbaar abnormale prijs duidelijk blijkt.

12. In haar zittingsnota benadrukt de verwerende partij nog “dat een prijs enkel als schijnbaar abnormaal wordt beschouwd (en dus aanleiding geeft tot bijzonder prijsonderzoek) indien een aanzienlijke afwijking van de ingediende eenheidsprijzen voorhanden is voor voldoende gewichtige posten (...) en de bedoelde eenheidsprijs aan de hand van de beschikbare gegevens niet kan verklaard worden”.

13. Wat de door hen aangevoerde exceptie betreft, wijzen de tussenkomende partijen er in hun zittingsnota nog op dat de bestreden beslissing als één geheel moet worden gelezen, en dat hieruit blijkt dat het aanbod van de verzoekende partijen niet voldoet aan de voorwaarden van het bestek en dit aanbod minstens onvolledig dan wel onzeker is.

Voorts benadrukken de tussenkomende partijen dat de door de verzoekende partijen aangehaalde passage uit het Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit plaatsing 2017 en artikel 69.3 van de richtlijn slechts gelden wanneer er een prijsverantwoording is gevraagd. Zij verwijzen naar hun verzoekschrift tot tussenkomst om te besluiten dat de door de verwerende partij gevolgde handelwijze geenszins onwettig is.

Beoordeling

14. De tussenkommende partijen betwisten het belang van de verzoekende partijen bij het middelonderdeel. Deze exceptie mist de vereiste ernst om in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden aanvaard.

Daargelaten de vraag naar de technische regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partijen, wordt immers vastgesteld dat zij hoe dan ook, of zij nu een inschrijver met een technisch onregelmatige offerte zijn, dan wel één met een onregelmatige offerte wegens abnormale prijzen, dan wel zich in beide gevallen tegelijk zouden bevinden, zij in ieder geval wel degelijk reeds op het eerste gezicht belang hebben bij een middel dat leidt tot de volgende vaststellingen: (a) dat de opdracht ten onrechte aan de gekozen inschrijver werd gegund en (b) dat de plaatsingsprocedure in haar geheel is aangetast, gelet op een niet-rechtsgeldig verlopen prijsonderzoek. Zulks is hier *prima facie* het geval.

De exceptie wordt verworpen.

15. De regelgeving inzake overheidsopdrachten maakt een onderscheid tussen het algemeen prijs- of kostenonderzoek dat de aanbestedende overheid in elk geval dient te voeren, wat in de voorliggende zaak het voorwerp uitmaakt van artikel 43 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017) en een bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen, geregeld in artikel 44 van hetzelfde besluit, en dat in beginsel enkel dient te worden gevoerd wanneer uit het algemeen prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 43 is gebleken dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken.

16. Te dezen blijkt uit de bestreden beslissing dat de aanbestedende overheid, zoals voorgeschreven, eerst een algemeen prijsonderzoek heeft

uitgevoerd, te beginnen met de offerte van de verzoekende partijen en vervolgens, nadat de offerte van de verzoekende partijen werd geweerd als onregelmatig wegens de niet-afdoende verantwoorde abnormale prijs voor post 347, ten aanzien van de offerte van de tussenkomenende partijen, die in die fase van de plaatsingsprocedure de tweede laagste offerte en, na wering van de offerte van de verzoekende partijen, de laagste offerte hadden ingediend.

Uit de bestreden beslissing blijkt dat de aanbestedende overheid in het kader van het algemeen prijsonderzoek in beide offertes diverse prijzen heeft gedetecteerd, waarvoor zij met toepassing van artikel 84, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) enige toelichting - ‘een prijsontleding’ - heeft gevraagd bij de inschrijvers. De inschrijvers hebben de gevraagde toelichting gegeven en de aanbestedende overheid heeft deze ook onderzocht.

Vervolgens blijkt echter de aanbestedende overheid in de offerte van de verzoekende partijen te hebben vastgesteld “dat 16 posten een schijnbaar abnormaal lage eenheidsprijs omvat[ten]”, maar dat “[d]e aanbestedende overheid heeft beslist om voor de volgende posten geen verantwoording te vragen”, waarna een oplijsting volgt van de posten en van de motieven waarom er voor deze posten geen prijsverantwoording wordt gevraagd. Daarop volgt de vaststelling dat “[d]e aanbestedende overheid meent dat er 4 abnormaal hoge eenheidsprijzen aanwezig zijn in de offerte” waarop de aanbestedende overheid opnieuw beslist “niet over te gaan tot een vraag tot verantwoording en wel om volgende redenen”, waarna een oplijsting volgt van de posten en de motivering waarom er voor deze posten geen prijsverantwoording wordt gevraagd.

Wat de offerte van de tussenkomenende partijen betreft, heeft de aanbestedende overheid op dezelfde wijze gehandeld. Zij heeft na het algemeen prijsonderzoek vastgesteld “dat 9 posten een schijnbaar abnormaal lage eenheidsprijs hebben” en vervolgens “besloten niet over te gaan tot een vraag tot verantwoording en wel om de volgende redenen”, waarna ook hier een oplijsting

van de posten volgt met de motieven waarom er voor deze posten geen prijsverantwoording wordt gevraagd; ook bij deze offerte volgt de vaststelling dat “[d]e aanbestedende overheid meent dat er 9 schijnbaar abnormaal hoge eenheidsprijzen aanwezig zijn in de offerte” De aanbestedende overheid beslist vervolgens opnieuw om “niet over te gaan tot een vraag tot verantwoording en wel om volgende redenen”, waarna een olijsting volgt van de posten en de motieven waarom er voor deze posten geen prijsverantwoording wordt gevraagd. Daarna besluit de aanbestedende overheid “gelet op bovenstaande analyse [...] dat de offerte van [de tussenkomende partijen] beschouwd dient te worden als regelmatig op basis van artikel 44 van het KB van 18.06.2017”.

Door aldus te handelen heeft de aanbestedende overheid op het eerste gezicht de regelgeving vervat in artikel 44 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 niet nageleefd.

17. Artikel 44, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017, bepaalt immers:

‘Indien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 43 blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, voert de aanbestedende entiteit een bevraging van deze laatste uit.’

In het Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 wordt hieromtrent toegelicht:

“In het onderhavige verslag aan de Koning worden niet alle bepalingen van het ontwerp becommentarieerd. Heel wat bepalingen komen echter overeen met een bepaling van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017. Voor nadere toelichting omtrent deze bepalingen kan worden verwezen naar het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017.”

Het Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) geeft de volgende toelichting bij het artikel 36, § 1, van dat besluit, dat geheel analoog is aan het te dezen van toepassing zijnde artikel 44, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017:

“Volgens paragraaf 1, wanneer de aanbestedende overheid vaststelt dat een prijs of kost abnormaal laag of hoog lijkt tijdens het nazicht waarvan sprake in artikel 35 [te dezen: artikel 43 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017], onderzoekt zij verder de betrokken prijs of kost. Wanneer gebruik wordt gemaakt van de in paragraaf 1 vermelde procedures, moet de bevraging slechts worden uitgevoerd op de laatst ingediende offertes. Dit belet geenszins dat de aanbestedende overheid deze bevraging reeds kan verrichten in een vroeger stadium van de procedure.

Wanneer blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, is de prijzenbevraging verplicht ongeacht de basis waarop de overheidsopdracht aan de economisch meest voordelige offerte wordt gegund, tenzij in uitzonderingsgevallen opgelijst in paragraaf 6.”

De in paragraaf 6 vervatte uitzonderingsgevallen blijken zich in de voorliggende zaak niet voor te doen.

18. In tegenstelling tot hetgeen werd bepaald in het voorheen geldende artikel 21, § 3, tweede lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’, is de aanbestedende overheid onder de thans geldende bepalingen van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren, verplicht een prijzenbevraging met schriftelijke verantwoording uit te voeren bij de betrokken inschrijver wanneer zij heeft vastgesteld dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, ook indien de aanbestedende overheid meent – zoals te dezen – dat de offerte niet als onregelmatig moet worden geweerd omwille van die vastgestelde abnormale prijzen.

Het is op grond van de thans geldende regelgeving voor de aanbestedende overheid pas mogelijk om met eigen argumentatie de schijnbaar

abnormale prijzen te rechtvaardigen nadat eerst een bevraging bij de betrokken inschrijver is gebeurd. Dit volgt rechtstreeks uit artikel 44, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 en wordt ook uitdrukkelijk zo gesteld in het voormelde Verslag aan de Koning: “[w]anneer blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, is de prijzenbevraging verplicht”.

19. Te dezen blijkt de aanbestedende overheid geen prijsverantwoording te hebben gevraagd voor de door haar in de offertes van de inschrijvers gedetecteerde abnormaal hoge en lage prijzen, behoudens voor de post 347 in de offerte van de verzoekende partijen. Zij blijkt integendeel uitdrukkelijk te hebben beslist “niet over te gaan tot een vraag tot verantwoording” voor de overige posten. Die mogelijkheid had zij op grond van de thans geldende regelgeving overheidsopdrachten op het eerste gezicht evenwel niet. Zij was verplicht een prijsverantwoording te vragen voor alle door haar als schijnbaar abnormaal aangemerkte prijzen.

Aldus blijkt het prijsonderzoek te dezen reeds op het eerste gezicht niet op rechtsgeldige wijze te zijn verlopen.

20. De argumenten die de verwerende partijen doen gelden leiden niet tot een ander besluit. De verwijzing naar overwegingen uit het arrest van de Raad van State nr. 241.595 van 24 mei 2018 is niet dienstig; in die zaak werd immers wel degelijk een prijsverantwoording gevraagd voor de door de aanbestedende overheid in het kader van het algemeen prijs- of kostenonderzoek als schijnbaar abnormaal aangemerkte prijzen, hetgeen in de voorliggende zaak net niet blijkt te zijn gebeurd.

21. De tussenkommende partijen voeren in hun verzoekschrift tot tussenkomst en in hun zittingsnota een inhoudelijk verweer dat *quasi* identiek is – zij verwijzen naar hetzelfde arrest van de Raad van State – en dat dan ook om dezelfde redenen dient te worden verworpen.

23. Het derde onderdeel van het enig middel is ernstig.

VIII. Kosten

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Bam Contractors, de nv Galère en de nv Soletanche Bachy France, samen vormend een tijdelijke maatschap Progrès, tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de administrateur-directeur generaal van de Maatschappij voor het Intercommunaal Vervoer te Brussel (MIVB) van 28 april 2020 waarbij de overheidsopdracht van werken “Uitbreiding van het metronet naar het Noorden-constructie Kunstwerken Noordstation” wordt gegund aan SM Progrès.

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

Dit arrest is uitgesproken op achttien juni tweeduizend twintig door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,
bijgestaan door
Silja Doms,

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Johan Bovin