RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 247.967 van 30 juni 2020
in de zaak A. 230.835/XII-8905

In zake: de NV DE VRIESE RAF
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jo Goethals
kantoor houdend te 8800 Roeselare
Kwadestraat 151B/41
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Karel Vanhoorebeke en Rebecca Denys
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure Rechts 162
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 mei 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing [...]van het Vlaamse Gewest van 20 april 2020 met betrekking tot de openbare procedure in verband met het bestek 1M3D8H/19/08 over een overheidsopdracht voor aanneming van werken X30/D315/13 voor structureel onderhoud fietspaden district 315 Oostende waarbij de opdracht werd gegund aan Adiel Maes nv [...] en niet aan nv De Vriese Raf."

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 verzoekende partij heeft een zittingsnota ingediend.

De verwerende partij heeft een zittingsnota ingediend.

Behalve wat de kosten betreft heeft auditeur Ines Martens een met dit arrest eensluidend schriftelijk advies gegeven, dat aan de partijen met een e-mailbericht ter kennis werd gebracht.

Het debat is gesloten op 19 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. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor werken volgens een openbare procedure met als voorwerp "Structureel onderhoud fietspaden in district 315 Oostende", zoals beschreven in het bestek met nummer 1M3D8J/19/08.

De opdracht heeft tot doel om de berijdbaarheid en veiligheid te verzekeren op de vrij liggende fietspaden in het district 315 Oostende van de provincie West-Vlaanderen door het uitvoeren van een structureel onderhoud.

Het betreft een raamovereenkomst met een looptijd van één jaar, te sluiten met één ondernemer.

De opdracht wordt toegekend aan de economisch meest voordelige offerte vastgesteld op grond van de prijs.

3.2. De opdracht wordt op 20 augustus 2019 in het Bulletin der Aanbestedingen bekendgemaakt.

3.3. Op 30 september 2019 vindt de opening van de offertes plaats. Er worden zeven offertes ingediend, waaronder de offerte van de verzoekende partij en de gekozen inschrijver, de nv Adiel Maes.

3.4. In het kader van het prijsonderzoek wordt beslist om aan alle inschrijvers een prijsverantwoording te vragen voor de posten 30, 58 en 61. De verzoekende partij en een andere inschrijver worden ook bevraagd voor post 13 en nog een andere inschrijver voor post 17.

Deze prijsverantwoording wordt aan de inschrijvers gevraagd bij brief van 10 oktober 2019.

Met een aangetekende brief van 19 oktober 2019 geeft de verzoekende partij haar prijsverantwoording. Ook de nv Adiel Maes geeft een prijsverantwoording.

Nadat hieromtrent advies wordt ingewonnen bij de afdeling Algemene Technische Ondersteuning van het Vlaamse Gewest (hierna: ATO), wordt bij brief van 7 november 2019 opnieuw om een prijsverantwoording gevraagd aan de nv Adiel Maes met betrekking tot de posten 7 en 9.

Bij brief van 21 november 2019 geeft de nv Adiel Maes een prijsverantwoording voor deze posten.

Nadat deze prijsverantwoording opnieuw ter advies werd voorgelegd aan de afdeling ATO, wordt aan de nv Adiel Maes nog gevraagd welke de gehanteerde verwerkingsmethode is voor het HRMP puin en de kostprijs daarvan.

Hierop antwoordt de nv Adiel Maes bij brief van 20 december 2019, waarover ATO nogmaals wordt bevraagd.

3.5. Op 18 april 2020 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Na toetsing aan de kwalitatieve selectievoorwaarden wordt de verzoekende partij als eerste gerangschikt en de nv Adiel Maes als tweede in "de rangschikking na selectie".

Wat het prijsonderzoek betreft, wordt over de prijsverantwoording van de verzoekende partij het volgende geoordeeld:

> "De Vriese NV:
> Post 13:
> Een prijsverantwoording moet concreet en onderbouwd zijn: de samenstelling van de verkoopprijzen moet duidelijk toegelicht worden met duiding van de directe kosten (voor arbeid, materialen, materieel en onderaanneming) en de toeslag voor algemene kosten, winst en risico (het AK&W-percentage) Bij deze post stellen we vast dat de verantwoording bijzonder summier is en dus niet afdoende om het vermoeden van een abnormale, of schijnbaar merkwaardige, eenheidsprijs te weerleggen.
> Post 61:
> De offerte van de onderaannemer is onvoldoende gedetailleerd en cijfermatig toegelicht waardoor een beoordeling niet mogelijk is.
> De offerteprijs is enkel geldig voor uitvoering in 1 fase en bovendien is deze prijs enkel geldig voor een facturatie van minimum 90% van de vermoedelijke hoeveelheid. Het uitgangspunt dat de inschrijver de totale voorziene hoeveelheid in 1 fase zal moeten/kunnen uitvoeren is, gelet op de aard van de uit te voeren werkzaamheden, onrealistisch.
> Conform het bijzonder bestek (pg. 37) moet de inschrijver eveneens, alvorens de nieuwe slemlaag wordt aangebracht, nog een aantal voorbereidende werkzaamheden uitvoeren zoals het verwijderen van de bestaande slemlaag (incl. kosten voor afvoer en stort) en grondig reinigen en krachtig borstelen van het te behandelen oppervlak. In de prijsverantwoording worden deze werkzaamheden door de inschrijver niet vermeld: er wordt niet aangetoond dat met deze werken is rekening gehouden.
> Conclusie:
> Gelet op het essentiële karakter van de bovenvermelde elementen kunnen we besluiten da[t] De Vriese NV met zijn verantwoording niet in geslaagd is om het vermoeden van abnormale of schijnbaar merkwaardige eenheidsprijzen van post 13 en post 61 afdoende te weerleggen. Bijgevolg wordt deze offerte op prijstechnisch vlak ais onregelmatig beoordeeld."

Wat het prijsonderzoek betreft van de offerte van de nv Adiel Maes, wordt het volgende geoordeeld:

> "Maes Adiel
> Post 7 en 9:
> De gehanteerde kostprijs voor de verwerking van het HRMP puin wordt gestaafd met een offerte van de onderaannemer. Verder werden geen significante elementen vastgesteld die wijzen op abnormale prijsvorming.
> Conclusie:
> De offerte wordt op prijstechnisch vlak als regelmatig beoordeeld."

3.6. Op 20 april 2020 wordt het gunningsverslag goedgekeurd en wordt beslist, gelet op de motieven uit het onderzoek en de beoordeling zoals beschreven in het gunningsverslag, om de opdracht te gunnen aan de nv Adiel Maes voor een bedrag van 635.072,36 euro, btw inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing.

Bij brief van 14 mei 2020 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de beslissing waarbij haar offerte onregelmatig wordt verklaard. Bij de brief wordt het gunningsverslag gevoegd.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie – voor zover de vordering is gericht tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen – uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

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

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 81 en 83 *juncto* artikel 84 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 76 *juncto* de artikelen 33, 35, en 36, § 1, § 2 en § 3, van het koninklijk besluit van

18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, het principe “patere legem quam ipse fecisti”, het gelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel en ondergeschikt het materiëlemotiveringsbeginsel.

Het middel bestaat uit vier onderdelen, die zeer breedvoerig worden uiteengezet, zodat de Raad van State, daartoe genoodzaakt door de context van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, hierna enkel de grieven beoordeelt die meteen duidelijk zijn.

A. Eerste onderdeel

7. De verzoekende partij ontwikkelt een eerste middelonderdeel onder het opschrift:

> “De bestreden beslissing is onwettig omdat ten onrechte geen prijsverantwoording is gevraagd omtrent de beweerde abnormale eenheidsprijs (quod non).”

De verzoekende partij argumenteert nader dat de brief die de verwerende partij op 10 oktober 2019 aan haar richtte, hoewel daarin wordt verwezen naar artikel 36,§ 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, eigenlijk een toepassing was van artikel 35 van dat besluit, waarbij aan de inschrijvers om uitgebreidere informatie werd verzocht met het oog op het uitvoeren van een correct “algemeen” prijsonderzoek. Zij wijst er hierbij op dat er immers in die brief geen melding is gemaakt van de schijnbare abnormaliteit van de eenheidsprijzen en geen spoor is terug te vinden van een beslissing waarbij de verwerende partij aan het einde van het algemeen prijsonderzoek tot de vaststelling zou zijn gekomen dat er sprake is van “schijnbare” abnormale eenheidsprijzen.

De bevraging dient dus te worden beschouwd als een bevraging zoals vervat in artikel 35 van het voornoemde besluit, zijnde een bevraging tijdens de “eerste fase”. De informatie die de verzoekende partij dienvolgens heeft gegeven, kan dus niet worden beschouwd als een verantwoording van schijnbaar

abnormale prijzen. Bijgevolg werd de verzoekende partij niet in de mogelijkheid gesteld om haar prijzen te verantwoorden, zoals bepaald in artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Ook uit de beoordeling van de offerte van de nv Grondwerken Declercq zou volgens de verzoekende partij blijken dat de verwerende partij de bevraging bij brief van 10 oktober 2019 als een bevraging in de zin van artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 beschouwde. Er wordt in de gunningsbeslissing immers aangegeven dat deze offerte geen "schijnbaar merkwaardige eenheidsprijzen" bevatte.

Ten slotte put de verzoekende partij nog uit het arrest *Impresa Lombardini* van het Europees Hof van Justitie van 27 november 2001 een argument – hoewel zijzelf toegeeft dat de opdracht onder de Europeesrechtelijke drempelwaarde is gesitueerd – om te besluiten dat haar ten onrechte niet de kans werd geboden om concreet en specifiek een verantwoording te geven omtrent de door de verwerende partij toegelichte en beweerde abnormale prijzen.

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 33 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

> "Na de verbetering van de offertes overeenkomstig artikel 34, gaat de aanbestedende overheid over tot het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 en, in geval van vermoeden van abnormaal hoge of lage prijzen of kosten, gaat zij over tot de in artikel 36 bedoelde prijzen- of kostenbevraging."

Artikel 35 van het voormelde koninklijk besluit 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 van hetzelfde koninklijk besluit luidt:

> "§ 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.
> […]
>
> In het kader van de in het eerste lid bedoelde prijzen- of kostenbevraging verzoekt de aanbestedende overheid de inschrijver om de schriftelijke verantwoordingen over te maken inzake de eerbiediging van de verplichtingen bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de wet, die van toepassing zijn in de domeinen van het sociaal, arbeids- en milieurecht, met inbegrip van de verplichtingen die van toepassing zijn op het vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid.
> […]."

9. Uit het administratief dossier, meer bepaald ook uit het gunningsverslag, blijkt dat de offertes aan een vergelijkend prijsonderzoek zijn onderworpen en dat daarbij is bepaald voor welke posten een prijsverantwoording diende te worden gevraagd overeenkomstig artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Zulks heeft zijn weerslag gevonden in de vermelding in het gunningsverslag: "Prijsonderzoek. Volgens art. 36,§ 2, van het KB Plaatsing werd prijsverantwoording gevraagd aan volgende inschrijvers […]."

Hoewel in de motivering van de bestreden beslissing geen uitdrukkelijke neerslag werd opgenomen van het onderdeel van het prijsonderzoek op grond waarvan de schijnbaar abnormale prijzen werden geïdentificeerd – de

verzoekende partij noemt dit de eerste fase – lijkt in de vermelding, dat er op grond van artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 voor sommige posten een prijsverantwoording werd gevraagd, besloten dat de bedoelde fase van het prijsonderzoek wel degelijk heeft plaatsgevonden. Ook de verzoekende partij argumenteert niet dat deze posten willekeurig zouden zijn gekozen. Bovendien wordt het bestaan van een dergelijk "algemeen" prijsonderzoek bevestigd door de stukken in het administratief dossier, dat een – als stuk vertrouwelijk gehouden- prijzenanalyse bevat. De verzoekende partij merkt zelf op bladzijde 3, tweede alinea, van haar zittingsnota op dat er "naar aanleiding van de prijsbevraging na de eerste fase geen formele motiveringsplicht geldt". De premisse dat er geen "algemeen" prijsonderzoek overeenkomstig artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 zou zijn uitgevoerd, lijkt aldus feitelijke grondslag te missen.

10. Vervolgens werd onder meer aan de verzoekende partij bij brief van 10 oktober 2019 een prijsverantwoording gevraagd, geformuleerd als volgt:

> "Overeenkomstig artikel 36 §2 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren verzoek ik u, per kerende en uiterlijk binnen een termijn van 12 kalenderdagen, volgende elementen uit uw inschrijving te willen verantwoorden:
>
> 13, 30, 58, 61.
>
> Deze verantwoording mag enkel gebaseerd zijn op objectieve factoren.
> Deze verantwoording dient eveneens aan te tonen dat alle verplichtingen inzake het sociaal, arbeids- en milieurecht, met inbegrip van de verplichtingen die van toepassing zijn op het vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid, geëerbiedigd werden."

Hoewel in de voormelde brief niet woordelijk wordt vermeld dat schijnbaar abnormale eenheidsprijzen in de offerte van de verzoekende partij zijn vastgesteld, wordt wel uitdrukkelijk verwezen naar artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, dat betrekking heeft op de prijzen- en kostenbevraging in geval van vaststelling van abnormale prijzen bij een algemeen prijsonderzoek. De posten waaromtrent verantwoording diende te worden gegeven, worden voorts opgesomd. Daarnaast wordt ook overeenkomstig artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 aangegeven dat de verantwoording

moet worden gesteund op objectieve factoren en dat moet worden aangetoond dat werd voldaan aan alle verplichtingen op vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid. Aldus kon er bij de inschrijver geen gerede twijfel over bestaan dat hij werd bevraagd in het kader van een abnormaal bevonden eenheidsprijs voor de opgegeven posten.

11. Met de verwerende partij moet worden vastgesteld dat artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bij een vraag tot prijsverantwoording geen informatieverplichting oplegt aan de aanbestedende overheid aangaande het voorafgaandelijk gevoerde zogenoemd "algemeen" prijsonderzoek overeenkomstig artikel 35 van het voormelde besluit. Ten andere, zoals reeds is vastgesteld, geeft de verzoekende partij ook zelf in haar zittingsnota aan dat er "naar aanleiding van de prijsbevraging na de eerste fase geen formele motiveringsplicht geldt".

12. De argumentatie van de verzoekende partij met betrekking tot de beoordeling van de offerte van inschrijver nv Grondwerken Declercq in de bestreden beslissing lijkt te dezen niet relevant. De vraag immers aan de verzoekende partij zelf tot prijsverantwoording leek er klaarblijkelijk op gericht in haren hoofde het vermoeden van abnormale prijzen te bevestigen dan wel te ontkrachten en kaderde op het eerste gezicht dan ook in het prijsonderzoek bedoeld in artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. De verzoekende partij voert aldus op het eerste gezicht ten onrechte aan dat haar geen kans op prijsverantwoording is gegeven.

13. Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

B. Tweede onderdeel

14. Dit onderdeel draagt het opschrift:

> "De bestreden beslissing is, als zou worden aanvaard dat het verzoek tot verantwoording toch een bevraging ex art. 36§2 KB Plaatsing is, en dus tot de tweede fase behoort, onwettig omdat er geen beslissing (en dus geen bewijs) terug te vinden is van het doorlopen van de reglementair voorgeschreven eerste fase."

De verzoekende partij betoogt nader dat de beslissing tot het vaststellen van schijnbaar abnormale prijzen onderworpen is aan de materiëlemotiveringsplicht. Uit het administratief dossier moeten de redenen blijken voor het vragen van de prijsverantwoording. Te dezen blijkt volgens de verzoekende partij uit het administratief dossier niet dat de "eerste fase" van het prijsonderzoek zou zijn doorlopen. Zo is er geen verwijzing naar de prijzen van gelijkaardige opdrachten, naar de mediaan-databank noch naar de raming.

Beoordeling

15. Uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij in het kader van het prijsonderzoek een grondige analyse van de ingediende prijzen heeft verricht voor de voorliggende opdracht, waarbij een vergelijking werd gemaakt met de raming en de gemiddelde prijs van alle offertes. Op grond daarvan heeft het Agentschap Wegen en Verkeer, afdeling West-Vlaanderen, per inschrijver bepaald welke posten meer dan 30% lager of meer dan 50% hoger lagen dan de gemiddelde prijs en een individueel aandeel hadden ten opzichte van het totaal dat groter was dan 1% en relevant was binnen de opdracht. Binnen die marges werd beslist om een prijsverantwoording te vragen aan alle inschrijvers voor de posten 30, 58 en 61 en voor de verzoekende partij en een andere inschrijver ook voor post 13 en voor nog een andere inschrijver ook voor post 17.

Daarnaast werd ook aan ATO advies gevraagd , dat de offertebedragen heeft vergeleken met de raming, zowel de totaalprijzen als de eenheidsprijzen. Voor de vergelijking van de eenheidsprijzen heeft ATO nog een vergelijking gemaakt met de gemiddelde eenheidsprijs per post, waarbij extreem

afwijkende eenheidsprijzen uit het gemiddelde werden gehouden om geen vertekend beeld te geven – ATO spreekt in dat verband van een "getrimd" gemiddelde – en met de courant gangbare prijzen uit de mediaan-databank. Voor alle posten die meer dan 30% lager lagen dan het "getrimd" gemiddelde van de ingediende prijzen dan wel meer dan 50% hoger en die meer dan 1% van de opdracht uitmaakten, adviseerde ATO om een prijsverantwoording te vragen. Naar aanleiding van dit onderzoek werd vastgesteld dat er voor de posten 7 en 9 in de offerte van de gekozen inschrijver nog bijkomend een prijsverantwoording diende te worden gevraagd omdat de prijs voor deze posten ofwel meer dan 30% onder het door ATO berekende "getrimde" gemiddelde van de prijzen voor deze posten lag, dan wel ten opzichte van de courant gangbare prijzen.

Bijgevolg blijkt uit het administratief dossier voldoende duidelijk waarom de verwerende partij de mening was toegedaan, na het uitvoeren van een algemeen prijsonderzoek, dat er sprake was van schijnbaar abnormale eenheidsprijzen in de offertes die aanleiding dienden te geven tot het vragen van een prijsverantwoording. Dat de verwerende partij in de loop van het prijsonderzoek op advies van ATO nog bijkomende eenheidsprijzen in de offerte van de gekozen inschrijver als schijnbaar abnormale posten heeft aangemerkt en hieromtrent bijkomend om een prijsverantwoording heeft verzocht, wijst geenszins op de ondeugdelijkheid of nog minder op het ontbreken van het prijsonderzoek. Uit de analyse van ATO, zoals opgenomen in het administratief dossier, blijkt dat ATO de eenheidsprijzen aan nog meer parameters heeft getoetst en een in sommige opzichten nog meer uitgebreid onderzoek van de prijzen heeft uitgevoerd. Dat de verwerende partij bij het prijsonderzoek adviezen heeft gevraagd aan ATO en de bevindingen van ATO in haar prijsonderzoek heeft betrokken, wijst er precies op dat de verwerende partij een zorgvuldig prijsonderzoek wenste uit te voeren en heeft uitgevoerd. Uit het administratief dossier blijkt op het eerste gezicht aldus wel degelijk dat er redenen waren voor de betrokken prijsbevraging.

16. Het tweede middelonderdeel is niet ernstig.

C. Derde onderdeel

17. Het opschrift van dit middelonderdeel luidt:

> "Er is geen sprake van abnormale prijzen in de offerte van de verzoekende partij, de bedenkingen van de verwerende partij kunnen perfect verantwoord worden."

De verzoekende partij betoogt nader dat het onduidelijk is waarom de verwerende partij de prijzen van de verzoekende partij als abnormaal beschouwt in verhouding tot de markt of de andere mededingers, dan wel in vergelijking met de raming of eerdere werken. De beoordeling in de bestreden beslissing dat de verantwoording van de verzoekende partij voor post 13 bijzonder summier en niet afdoende zou zijn, vormt volgens de verzoekende partij een *passe partout* - motief. Zelfs de opmerking, dat een prijs moet worden samengesteld uit de directe kosten en de toeslag voor algemene kosten, de winst en het risico, kan de beslissing tot onregelmatigverklaring van haar offerte niet naar recht verantwoorden aangezien zij haar prijs wel degelijk uitdrukkelijk op die manier heeft toegelicht in haar prijsverantwoording.

Indien de verwerende partij een meer gedetailleerde verantwoording wenste, kon zij de verzoekende partij met toepassing van artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 herbevragen, zeker nu de brief van 10 oktober 2019 met de vraag tot verantwoording extreem vaag was. Als voor een prijsverantwoording wordt verwacht dat de volledige economische kost van elk rollend materiaal herrekend wordt naar de concrete werf, die dan nog plaatsvindt op verschillende locaties, dan diende de verzoekende partij daartoe uitdrukkelijk te worden herbevraagd en de tijd en de mogelijkheden te worden geboden om deze volledige berekening uit te werken.

Voor post 61 had de verzoekende partij het volledige bestek bezorgd aan haar kandidaat-onderaannemer die met kennis van zaken een prijs heeft geboden. In die prijs is dan ook de uitvoering van de in die post omschreven werken begrepen. De verzoekende partij meent ook dat deze ene post bezwaarlijk als marktvervalsend kan worden beschouwd, laat staan dat zij niet in staat zou zijn om de opdracht conform het bestek uit te voeren. Zij wijst er op dat zij in haar brief van 19 oktober 2019 uitdrukkelijk had aangegeven dat het tijdsbestek van 12 dagen

te kort was om een volledige berekening naar voor te brengen van de uitvoeringskost en dat zij had aangeboden om deze informatie nog aan te leveren als dat nodig was.

Voorts doet de verzoekende partij gelden dat het gelijkheidsbeginsel werd geschonden in de mate dat haar offerte onregelmatig werd verklaard omdat zij haar prijsverantwoording teveel zou steunen op de offerte van haar onderaannemer – overigens *quod non* – terwijl de verantwoording van de gekozen inschrijver wel werd aanvaard spijts de eenvoudige verwijzing naar de onderaannemer.

18. In haar zittingsnota wijst de verzoekende partij er nog op dat de redenen waarom de prijzen voor sommige van haar posten als schijnbaar abnormaal werden aangemerkt, zoals die zouden blijken uit het administratief dossier, niet werden opgenomen in de bestreden beslissing. Er wordt pas in de nota van de verwerende partij in huidige procedure verwezen naar een prijsonderzoek waarbij de eenheidsprijzen zouden zijn vergeleken met mediaanprijzen, gemiddelden en dergelijke meer.

Beoordeling

19. De verwerende partij werpt op dat dit onderdeel van het middel onontvankelijk zou zijn omdat de verzoekende partij niet zou preciseren welke onwettigheden zij hierbij aanvoert. In haar verzoekschrift verwijst de verzoekende partij echter op voldoende duidelijke wijze naar de zorgvuldigheid waarmee een onderzoek van de prijsverantwoording moet gebeuren en betoogt dat het op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven moet steunen. Zij doet in het bijzonder gelden dat het in de eerste plaats onduidelijk zou zijn waarom haar prijzen als abnormaal werden geïdentificeerd, en vervolgens dat de motivering om haar prijsverantwoording te verwerpen in feite en in rechte niet draagkrachtig is.

De exceptie van onontvankelijkheid van het middelonderdeel wordt dan ook verworpen.

20. De aanbestedende overheid beschikt over een aanzienlijke beoordelingsruimte om de gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden. De Raad van State kan zich bij een dergelijke beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur, hij mag desgevraagd wel nagaan of de motieven, op grond waarvan de bestreden beslissing tot het besluit komt dat er al dan niet sprake is van abnormale prijzen, in aanmerking mogen worden genomen wat onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen.

21. Uit de gegevens opgenomen in het administratief dossier blijkt op grond van welke criteria de schijnbaar abnormale prijzen werden geïdentificeerd, zoals hiervoor toegelicht.

22. Met betrekking tot de door de verzoekende partij gegeven prijsverantwoording voor de post 61 wordt in de bestreden gunningsbeslissing toegelicht:

> "De offerte van de onderaannemer is onvoldoende gedetailleerd en cijfermatig toegelicht waardoor een beoordeling niet mogelijk is.
> De offerteprijs is enkel geldig voor uitvoering in 1 fase en bovendien is deze prijs enkel geldig voor een facturatie van minimum 90% van de vermoedelijke hoeveelheid. Het uitgangspunt dat de inschrijver de totale voorziene hoeveelheid in 1 fase zal moeten/kunnen uitvoeren is, gelet op de aard van de uit te voeren werkzaamheden, onrealistisch.
> Conform het bijzonder bestek (pg. 37) moet de inschrijver eveneens, alvorens de nieuwe slemlaag wordt aangebracht, nog een aantal voorbereidende werkzaamheden uitvoeren zoals het verwijderen van de bestaande slemlaag (incl. kosten voor afvoer en stort) en grondig reinigen en krachtig borstelen van het te behandelen oppervlak. In de prijsverantwoording worden deze werkzaamheden door de inschrijver niet vermeld: er wordt niet aangetoond dat met deze werken is rekening gehouden."

Post 61 betreft de twee-laagse zwarte slem inclusief het verwijderen van de bestaande slem, reinigen en aanbrengen kleeflaag. De verzoekende partij betwist niet dat zij zich ter verantwoording van deze prijs beperkte tot een verwijzing naar de offerte van een onderaannemer. De verwerende partij wees er op dat de offerte van de onderaannemer Gravaubel uitging van een uitvoering in één fase, terwijl zij van oordeel is dat zulks onrealistisch is, gelet op de aard van de werkzaamheden. Het gaat om een raamovereenkomst waarbij de

verwerende partij diverse bestellingen plaatst, in functie van haar behoeften. De verzoekende partij heeft dit motief in haar verzoekschrift en zittingsnota aan geen enkele kritiek onderworpen. Dit motief is op het eerste gezicht reeds voldoende draagkrachtig om naar recht de beslissing te verantwoorden dat het abnormaal karakter van de eenheidsprijs van de verzoekende partij voor deze post niet werd weerlegd. Zoals de verwerende partij terecht opmerkt in haar nota kon een nieuwe vraag tot prijsverantwoording er in ieder geval niet toe leiden dat dit feitelijk uitgangspunt, gehanteerd door de onderaannemer bij zijn prijszetting, nog zou worden gewijzigd om zo het vermoeden van abnormaliteit van de eenheidsprijs weg te nemen. Dit zou immers een wijziging van de offerte inhouden.

De opmerking van de verzoekende partij dat de prijs voor post 61 als enige overblijvende post bezwaarlijk als marktvervalsend kan worden beschouwd, temeer daar het totale offertebedrag niet schijnbaar abnormaal werd bevonden, lijkt voorts niet pertinent. Een offerte wordt immers met toepassing van artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, als onregelmatig geweerd wanneer wordt vastgesteld dat de eenheidsprijs van slechts één niet verwaarloosbare post een abnormale prijs vertoont. Het is daarbij niet vereist dat het totale offertebedrag abnormaal wordt bevonden, zoals de verwerende partij terecht betoogt.

Met de verwerende partij moet voorts worden vastgesteld dat de offerte van de onderaannemer voor post 61 niet gedetailleerd was en niet cijfermatig werd toegelicht. Alleszins bleek uit die offerte noch uit haar prijsverantwoording van die post dat de voorbereidende werkzaamheden, namelijk het verwijderen van het bestaande slem en het reinigen, erin begrepen waren. De verwerende partij lijkt dan ook terecht te hebben kunnen vaststellen dat deze verantwoording haar geen inzicht verschafte in de vraag of alle nodige werkzaamheden inbegrepen waren in deze prijs.

Voorts lijkt de verzoekende partij de mogelijkheid die aan de aanbestedende overheid wordt geboden door artikel 36, § 2, laatste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 om de inschrijvers opnieuw te bevragen, ten onrechte als een verplichting te lezen. De verzoekende partij lijkt er hier aan voorbij te gaan dat de bewijsvoering inzake de normaliteit van de *prima facie*

abnormaal laag bevonden eenheidsprijs bij de betrokken inschrijver lijkt te liggen. Het lijkt niet tot de taken van de aanbestedende overheid te behoren om een inschrijver die haar een gebrekkige prijsverantwoording heeft voorgelegd te begeleiden in het alsnog geven van een afdoende prijsverantwoording. Het lijkt dan ook niet dat de verwerende partij onzorgvuldig zou hebben gehandeld door te dezen geen gebruik te maken van artikel 36, § 2, laatste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Voorts moet er in dit verband op worden gewezen 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. Hij mag zich niet beperken tot vaagheden en algemeenheden, maar dient zijn vermoedelijk abnormaal lage eenheidsprijs specifiek, concreet onderbouwd en zo volledig mogelijk gestaafd te verantwoorden. Dat de verzoekende partij in haar prijsverantwoording reeds aanbood om nog meer informatie omtrent de prijszetting van haar onderaannemer op te vragen indien nodig, doet aan deze vaststelling niets af.

De verzoekende partij maakt ook niet aannemelijk dat zij op dit punt ongelijk werd behandeld ten opzichte van de gekozen inschrijver. Uit het administratief dossier blijkt dat de gekozen inschrijver zijn eenheidsprijs voor de posten 7 en 9 – opbreken van cementbetonverharding en ongewapend beton en opbreken van fundering gebonden met cement – reeds zelf verantwoord had met opgave van de kostprijselementen van materieel, rendement, stortkosten, manuren en winst. Aan de hand van de toelichting bij één van deze kostprijselementen – de stortkosten – had de verwerende partij een bijkomende vraag omtrent de verwerking van het HRMP puin. De verwerking van het HRMP puin werd door de gekozen inschrijver zelf vervolgens uitvoerig toegelicht waarbij ter staving van deze toelichting de offerte van de onderaannemer werd bijgebracht, vertrouwelijk stuk waar de Raad van State kennis kon van nemen. De gekozen inschrijver heeft zich dan ook geenszins beperkt tot het louter verwijzen naar een niet-gedetailleerde offerte van een onderaannemer ter verantwoording van de volledige prijs voor een post.

23. Met betrekking tot de door de verzoekende partij gegeven prijsverantwoording voor de post 13 wordt in de bestreden gunningsbeslissing toegelicht:

> "Een prijsverantwoording moet concreet en onderbouwd zijn: de samenstelling van de verkoopprijzen moet duidelijk toegelicht worden met duiding van de directe kosten (voor arbeid, materialen, materieel en onderaanneming) en de toeslag voor algemene kosten, winst en risico (het AK&W percentage). Bij deze post stellen we vast dat de verantwoording bijzonder summier is en dus niet afdoende om het vermoeden van een abnormale, of schijnbaar merkwaardige, eenheidsprijs te weerleggen."

Post 13 betreft "de uitgraving met verwijdering naar een vergunde stortplaats volgens 4-2.1.2.2, plaatselijke uitvoering". Met de verzoekende partij moet worden vastgesteld dat zij in haar prijsverantwoording weliswaar een opsplitsing heeft gemaakt van de prijs voor deze post in de kosten voor het uitgraven, profileren en afvoeren. Er wordt echter geen bijkomende toelichting gegeven bij de verschillende kostprijselementen van deze handelingen in functie van arbeid, materiaal en dergelijke, zoals de verwerende partij in haar nota opmerkt. Dergelijke bijkomende toelichting kan ook niet worden teruggevonden in de algemene uiteenzetting van de verzoekende partij. De verzoekende partij toont dan ook *prima facie* niet aan dat de verwerende partij de grenzen van haar beoordelingsruimte te buiten is gegaan door vast te stellen dat de gegeven verantwoording voor deze post te summier was omdat de duiding van de kosten van arbeid, materieel en materialen ontbreekt en bijgevolg te concluderen dat het vermoeden van abnormale prijs niet adequaat werd weerlegd.

Dat de verwerende partij in het kader van een vraag tot prijsverantwoording van de inschrijvers verwachtte dat zij de verschillende kostprijselementen zoals prijs van het materieel, uurloon en dergelijke zouden toelichten, lijkt geen buitensporige eis die uitdrukkelijk in de vraag tot prijsverantwoording diende te worden toegelicht. De opmerking van de verzoekende partij dat zij meer tijd en mogelijkheden zou moeten hebben gekregen om de "calculatie" uit te werken, kan niet worden aanvaard. Zoals de verwerende partij stelt in haar nota wordt de verzoekende partij verondersteld de "calculatie" reeds te hebben uitgevoerd bij de opmaak van haar offerte. De verzoekende partij

kan niet ernstig betogen dat zij niet zou hebben geweten dat tot haar een vraag tot prijsverantwoording werd gericht, zoals reeds bij de bespreking van het eerste onderdeel werd vastgesteld.

24.1. In haar zittingsnota werpt de verzoekende partij hieromtrent een nieuwe grief op waarbij zij meent dat er sprake is van een schending van het gelijkheidsbeginsel omdat de gekozen inschrijver tot drie maal toe zou zijn herbevraagd, zoals nu zou blijken uit de nota van de verwerende partij.

Aan de gekozen inschrijver werd met een tweede brief een prijsverantwoording gevraagd met betrekking tot andere posten dan diegene waarover hij eerst werd bevraagd, namelijk de posten 7 en 9 en dit op advies van ATO. Het ging in die zin dan ook niet om het bieden van een mogelijkheid tot aanvulling van een reeds gevraagde prijsverantwoording. Met de derde, bijkomende, vraag tot verantwoording van de verwerking van het HRMP-puin werd bijkomende toelichting gevraagd, zoals reeds besproken, over één van de kostprijselementen van de posten 7 en 9 die reeds afzonderlijk waren uiteengezet in de eerdere prijsverantwoording.

De verzoekende partij had daarentegen noch in haar prijsverantwoording voor post 13, noch in die voor post 61 de diverse kostprijselementen in functie van arbeid, materieel en dergelijke uiteengezet. Zoals de verwerende partij in haar nota stelt, bevat de verantwoording voor post 13 enkel een opsplitsing van de verschillende handelingen die de verzoekende partij zal stellen ter uitvoering van deze post met vermelding van de prijs per handeling zonder opgave van de kostprijselementen daarvan. Hetzelfde geldt voor de prijsverantwoording van de verzoekende partij voor post 61 waar zij zich beperkte tot een verwijzing naar een offerte van de onderaannemer die niet gedetailleerd noch cijfermatig werd toegelicht in functie van de kostprijselementen.

De verzoekende partij toont dan ook op het eerste gezicht geenszins aan dat de beoordeling van haar prijsverantwoording niet op zorgvuldige wijze zou zijn gebeurd of dat de beslissing dat de prijsverantwoording het vermoeden van abnormale prijs voor de posten 13 en 61 niet kon weerleggen, niet

op voldoende draagkrachtige motieven zou berusten of dat het gelijkheidsbeginsel werd geschonden.

24.2. Uit de uiteenzetting van het hier besproken middelonderdeel in het inleidend verzoekschrift blijkt op eerste lectuur dat de verzoekende partij de bestreden beslissing een gebrekkige materiële motivering verwijt. De verzoekende partij argumenteert immers tegen de vaststelling dat haar prijzen abnormaal waren. Aldus is de grief betreffende de formele motivering waarmee het middelonderdeel blijkbaar wordt uitgebreid, *prima facie* niet meer dienstig.

25. Het derde middelonderdeel is niet ernstig.

D. Vierde onderdeel

26. Dit middelonderdeel draagt het opschrift:

> "Hoe dan ook is het bestreden besluit onwettig nu, zelfs als Uw Raad het standpunt zou volgen dat de offerte van verzoeker onregelmatig was, de bestreden beslissing geen aanvaardbare motieven bevat omtrent de regelmatigheid van de twee regelmatig verklaarde offertes."

Volgens de verzoekende partij lijkt het er op dat de verwerende partij zou hebben aanvaard dat de gekozen inschrijver zijn prijzen enkel verantwoordt door een verwijzing naar de prijs van zijn onderaannemer. De bewering dat er geen significante elementen worden vastgesteld die wijzen op abnormale prijsvorming is volgens haar nietszeggend.

Uit de gunningsbeslissing blijkt volgens de verzoekende partij evenmin waarom de als schijnbaar abnormaal bevonden prijzen in de offerte van de bvba Grondwerken Declercq waarvoor een prijsverantwoording werd gevraagd, toch als normaal werden beschouwd.

Beoordeling

27. De verwerende partij werpt in haar nota een exceptie van gebrek aan belang bij het middel op. De exceptie behoeft geen onderzoek aangezien hierna zal blijken dat het middelonderdeel niet ernstig is.

28. Met betrekking tot de offerte van de gekozen inschrijver wordt in de gunningsbeslissing vermeld:

> "post 7 en 9:
> De gehanteerde kostprijs voor de verwerking van het HRMP puin wordt gestaafd met een offerte van de onderaannemer. Verder werden geen significante elementen vastgesteld die wijzen op abnormale prijsvorming.
>
> Conclusie:
> De offerte wordt op prijstechnisch vlak als regelmatig beoordeeld."

Op het eerste gezicht blijkt uit de voormelde overwegingen van de gunningsbeslissing dat de door de gekozen inschrijver meegedeelde prijsverantwoording werd onderzocht en dat de aanbestedende overheid zich een oordeel heeft gevormd omtrent de aanvaardbaarheid van die verantwoording.

Zoals reeds bij de bespreking van het vorige middelonderdeel werd vastgesteld, heeft de gekozen inschrijver zich in zijn prijsverantwoording geenszins beperkt tot het verwijzen naar de prijs van de onderaannemer voor de posten waarvoor hij om een prijsverantwoording werd gevraagd. Uit het administratief dossier blijkt dat de gekozen inschrijver een prijsverantwoording gaf met toelichting omtrent de in rekening gebrachte toeslag op de directe kosten, het uurloon voor de inzet van arbeiders, de kosten voor de inzet van het materieel, de stortkosten en het ingecalculeerd rendement. De lage prijs lijkt vervolgens in belangrijke mate te worden gedetermineerd door de nulkost voor de verwerking van het HRMP-puin. In het advies van ATO worden de overige kostenelementen laag maar binnen de grenzen van courant gangbare prijzen gesitueerd. Wat dit laatste betreft, wordt dit in de bestreden beslissing weergegeven als: "Verder werden geen significante elementen vastgesteld die wijzen op abnormale prijsvorming". Om die reden werd de gekozen inschrijver bijkomend bevraagd omtrent de verwerking van het HRMP-puin. De gekozen inschrijver bezorgde de toelichting met betrekking tot de verwerking van HRMP puin door een erkende

verwerkingsinstallatie en staafde zijn toelichting voorts met een offerte van zijn onderaannemer. Dat hieromtrent niet de concrete toelichting uit de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver werd hernomen in de gunningsbeslissing lijkt op het eerste gezicht niet meteen te moeten leiden tot een gebrek in de formele motivering aangezien die toelichting betrekking lijkt te hebben op specifieke uitvoeringsprocessen en commerciële voordelen in hoofde van de gekozen inschrijver met betrekking tot de verwerking van het HRMP-puin, waarvan niet valt uit te sluiten dat de openbaarmaking de commerciële belangen van de gekozen inschrijver had kunnen schaden.

Uit de stukken opgenomen in het administratief dossier blijkt dan ook dat de verwerende partij de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver heeft onderzocht waarbij zij haar beslissing om de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver te aanvaarden in feite en in rechte mocht steunen op de in de gunningsbeslissing veruitwendigde overwegingen, zoals deze worden ondersteund door de gegevens opgenomen in het administratief dossier. De verzoekende partij toont *prima facie* op dit punt niet aan waarom deze motieven haar niet in staat stelden met kennis van zaken haar belangen te verdedigen middels de voorliggende vordering.

29. Gelet op het voorgaande, toont de verzoekende partij haar belang niet langer aan bij haar kritiek op de motivering in de bestreden beslissing met betrekking tot de regelmatigheid van de offerte van de nv Grondwerken Declercq, die slechts als tweede regelmatige offerte werd gerangschikt. De ernst van deze kritiek wordt dan ook niet nader onderzocht.

30. Het vierde middelonderdeel is niet ernstig.

VII. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

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.

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

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Dierk Verbiest**