

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

A R R E S T

**nr. 249.218 van 14 december 2020
in de zaak A. 232.282/XII-8993**

In zake: de NV ABO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Hilde De Smet
kantoor houdend te 9051 Gent-Sint-Denijs-Westrem
Maaltecenter Blok G
Derbystraat 261
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD LEUVEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bert Beelen
kantoor houdend te 3000 Leuven
Justus Lipsiusstraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenskomende partijen:

1. de CV ABESCO
gevestigd te 3380 Glabbeek
Tiensesteenweg 79
2. de BVBA A&S STONEFISH
gevestigd te 2800 Mechelen
Frederik de Merodestraat 86A

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 23 november 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de gunningsbeslissing van de Stad Leuven d.d. 6 november 2020 voor het bestek nummer DEB_sg/20.012 (I.D.:1468) ‘Raamovereenkomst staalname asbest, asbestinventaris en sloopopvolgingsplan inclusief advies hergebruik’”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Met verzoekschriften van 30 november 2020 en van 1 december 2020 hebben de bvba A&S Stone Fish en de cv Abesco gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 december 2020, om 11.45 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Hilde De Smet, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Johan Vanstipelen, die *loco* advocaat Bert Beelen verschijnt voor de verwerende partij, zaakvoerder Aart Vandebroek, die verschijnt voor de eerste tussenkomende partij en zaakvoerders Veronique Vanzeir en Ingrid Chalmet, die verschijnen voor de tweede tussenkomende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. De stad Leuven, die optreedt als aankoopcentrale, schrijft een overheidsopdracht van diensten uit met het oog op het sluiten van een raamovereenkomst ‘staalname asbest, asbestinventaris en sloopopvolgingsplan’.

Deze raamovereenkomst behelst het maken van een asbestinventaris en/of sloopopvolgingsplan met advies hergebruik. Occasioneel kan worden gevraagd om een staalname van mogelijk asbesthoudende materialen te analyseren van een lopende werf van de studiedienst gebouwen.

De opdracht wordt gegund bij wijze van openbare procedure en geraamd op 212.234 euro, btw inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt op 2 juli 2020 bekend gemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Het op de opdracht toepasselijke bijzonder bestek vermeldt dat het gaat om een opdracht tegen prijslijst, waarbij de volgende gunningscriteria worden gehanteerd :

1. Prijs - 75
2. Plan van aanpak - timing asbestinventaris – 15
3. Plan van aanpak - timing sloopopvolgingsplan inclusief advies hergebruik – 10.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 1 september 2020. Er worden achttien offertes ingediend.

3.5. In het verslag van nazicht van 27 oktober 2020 worden een aantal inschrijvers niet geselecteerd en worden de offertes van vier inschrijvers substantieel onregelmatig bevonden.

Inzake het prijsonderzoek vermeldt het verslag van nazicht:

“Nazicht abnormale eenheidsprijzen en totale offerteprijzen:
De prijzen van de inschrijvers werden geheel vergeleken in functie van afwijkende en/of abnormale prijzen.
Bij de prijszetting van diensten merken we vaak grote verschillen.
Uit het kosten- en prijsonderzoek is gebleken dat er geen abnormale eenheids- en totale prijzen werden genoteerd door de inschrijvers.
Verschillende inschrijvers zitten ver onder de gemiddelde prijs en enkele zitten ver boven het gemiddelde.

Hierbij werden de prijzen van de inschrijvers met lagere prijzen nogmaals bekeken en konden we concluderen dat deze steeds geheel in verhouding zijn.

We kunnen dus concluderen dat alle opgegeven prijzen correct zijn.”

De tien regelmatig bevonden offertes worden vervolgens getoetst aan de gunningscriteria, hetgeen leidt tot de volgende rangschikking:

“

Finale rangschikking regelmatige offertes (gerangschikt volgens totale score)

Nr.	Naam	Score	Prijs incl. btw*
3	Abesco	95 %	€ 63.939,43
7	A & S STONEFISH BVBA	77,08 %	€ 77.246,40
5	ABO NV	62,9 %	€ 111.779,80
15	Ocb	57,84 %	€ 108.141,18
12	D&B Solutions	54,47 %	€ 129.705,95
9	ABESIM SPRL	52,04 %	€ 145.148,96
8	A.A.B. CONSULTANCY COMM.V	49,61 %	€ 161.976,65
17	Sweco Belgium bv	45,91 %	€ 147.946,70
18	Terra engineering & consultancy	36,54 %	€ 191.512,75
13	ESHER BVBA	34,24 %	€ 270.326,10

”

Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan de cv Abesco tegen het nagerekend bedrag van 63.939,43 euro, btw inbegrepen.

3.6. Op 6 november 2020 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Leuven om de opdracht, overeenkomstig het verslag van nazicht, te gunnen aan de cv Abesco.

3.7. Met een aangetekend schrijven en een e-mailbericht van 9 november 2020 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht aan een andere inschrijver werd gegund.

3.8. Met een e-mailbericht van 13 november 2020 stelt de verzoekende partij de verwerende partij dienaangaande nog de volgende vraag:

“Op basis van de inschrijvingsprijzen, stellen wij ons evenwel de vraag of de opgegeven eenheidsprijzen van de firma Abesco, en bij aanvulling de firma A&S Stonefish, marktconform kunnen beschouwd worden. Beide firma's hebben namelijk ingeschreven met een voor ons inziens extreem lage inschrijvingsprijs die significant afwijkt ten opzichte van het gemiddelde van de kwalitatief geselecteerde firma's (Abesco ca. 55% en A&S Stonefish ca. 45%). Indien de extreem hoge inschrijvingen van de firma's Esher en Terra Engineering niet in rekening gebracht worden, blijft een significante afwijking voor Abesco van 45% en voor A&S Stonefish ca. 35% ten opzichte van het gemiddelde van de overige 8 kwalitatief geselecteerde firma's. Dit lijken ons te grote verschillen om over marktconforme prijzen te kunnen spreken.

Werd er door jullie een prijsverantwoording aan Abesco en A&S Stonefish gevraagd?”

3.9. Met een e-mailbericht van diezelfde datum wordt dit schrijven door de verwerende partij als volgt beantwoord:

“Wij delen uw mening dat er bij verschillende inschrijvers een grote afwijking is van de ingediende prijs ten opzicht van de gemiddelde prijs. We hebben echter een prijs- en kostenonderzoek gevoerd (zoals u kan zien in het verslag van nazicht). Uit de informatie en bewijsmiddelen hieromtrent is gebleken dat de ingediende prijzen onderbouwd zijn en dus marktconform. Bovendien bleek ook dat de prijzen geheel in verhouding zijn. Uit ons onderzoek is dus gebleken dat er geen abnormale eenheids- en totale prijzen werden vastgesteld en dat een prijsverantwoording niet nodig was.

Hopelijk heb ik u met deze mail voldoende kunnen informeren en kunnen we bij volgende prijsvraag/aanbesteding nog steeds op uw gewaardeerde medewerking rekenen.”

IV. Tussenkost

De cv Abesco en de bvba A&S Stonefish blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moeten hun verzoeken 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 beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

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

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

VI. Onderzoek van het enig middel

Enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan “van het gelijkheidsbeginsel en van artikel 10 en 11 van de Grondwet [...] van de Wet van 1[7] juni 2016 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, meer bepaald artikel[...] 84 [...] van het KB van 18 april 2017 ‘Plaatsing van overheidsopdrachten klassieke sectoren, met name art. 11, art. 35 en 36. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het zuinigheidsbeginsel, het fairplaybeginsel, [evenals] van de Wet van 17 juni 2013 – Rechtsbeschermingswet”.

In wat als een eerste middelonderdeel kan worden beschouwd, betwist de verzoekende partij het door de verwerende partij uitgevoerde prijsonderzoek. Zij wijst er daarbij op dat zij een aantal berekeningen heeft uitgevoerd waarbij zij enerzijds het gemiddelde inschrijvingsbedrag heeft berekend overeenkomstig artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) en anderzijds het gemiddelde inschrijvingsbedrag van de geselecteerde offertes. Vastgesteld wordt daarbij dat de offerte van de cv Abesco ongeveer 45% onder het gemiddelde zit en deze van de bvba A&S Stonefish ongeveer 30%. Deze inschrijvers hebben derhalve volgens de verzoekende partij ingeschreven aan een abnormale prijs. Op prijstechnisch vlak zijn deze offertes volgens de verzoekende partij dan ook als abnormaal te beschouwen en moeten ze wegens inhoudelijk substantieel onregelmatig worden geweerd.

In wat als een tweede middelonderdeel kan worden beschouwd, voert de verzoekende partij de schending aan van de formelemotiveringsplicht vervat in de artikelen 4, 5 en 8 de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: rechtsbeschermingswet). Zij merkt op dat zowel de cv Abesco als de bvba A&S Stonefish een aanzienlijk lagere prijs hanteren en dat zij “mogelijks een veel lager uurloon aan hun medewerkers betalen”. De motivering voldoet volgens haar niet aan de formele motiveringsverplichtingen nu de verwerende partij geen enkele bedenking heeft gemaakt over de discrepantie tussen deze inschrijvingen en de raming van de opdracht. Er wordt geen enkele verklaring gegeven waarom de

prijsafwijking van deze inschrijvers van meer dan 30% ten opzichte van het “getrimd” gemiddelde niet als een abnormale prijs moet worden beschouwd. De formelemotiveringsplicht, die rust op het opdrachtgevend bestuur wanneer zij zelf de bijzondere procedure opstart waarbij zij de gekozen inschrijver om een prijsverantwoording vraagt, weze het dat zij dit niet op de geijkte wijze doet, heeft tot gevolg dat zij in haar beslissing moet verklaren waarom de totaalprijs van de gekozen inschrijver als normaal wordt bevonden.

In wat als een derde middelonderdeel kan worden beschouwd, betoogt de verzoekende partij nog dat ook het gelijkheidsbeginsel werd geschonden nu de vraag kan worden gesteld of de betrokken inschrijvers “wel degelijk aan alle wettelijke verplichtingen voldoen inzake loon, milieuverplichtingen, sociale verplichtingen”. *In casu* doen zich extreme prijsverschillen voor. Indien de inschrijver die lage inschrijvingsprijzen hanteert, de sociale wetgeving en milieuwetgeving niet naleeft is er volgens haar sprake van concurrentievervalsing. De prijzen van de betrokken inschrijvers zijn volgens haar dermate laag dat er ernstig aan kan worden getwijfeld dat de opdracht naar behoren kan worden uitgevoerd.

De sterk uiteenlopende offerteprijzen hebben volgens de verzoekende partij ook tot gevolg dat het prijscriterium, met een weging van 75 punten, aanleiding geeft tot zeer grote verschillen in de scores tussen de inschrijvers, die niet met scores voor de overige twee criteria kunnen worden overbrugd. Dit is volgens haar bijzonder jammer gelet op de gezondheidsrisico's die inherent zijn aan de asbestinventarisatie en verwijdering.

Beoordeling

Eerste onderdeel

7. Wat de aangevoerde schending van artikel 11 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 betreft, waarin louter de Europese drempelbedragen worden bepaald, valt niet in te zien hoe deze bepaling te dezen relevant is. De verzoekende partij geeft in de toelichting bij het middel ook geen verduidelijking. Ook de aangevoerde schending van het zuinigheidsbeginsel en het fairplaybeginsel wordt

niet nader toegelicht. Het middel lijkt dan ook niet ontvankelijk in de mate dat een schending wordt aangevoerd van artikel 11 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, en van het zuinigheids- en het fairplaybeginsel.

8. In wat als een eerste middelonderdeel kan worden beschouwd, betwist de verzoekende partij het door de verwerende partij uitgevoerde prijsonderzoek.

9. Artikel 84 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: 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 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. Wanneer gebruik wordt gemaakt van de mededingingsprocedure met onderhandeling, de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, wordt de bevraging uitgevoerd op de laatst ingediende offertes. Dit belet niet dat de aanbestedende overheid deze bevraging reeds kan verrichten in een vroeger stadium van de procedure.

§ 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. Wanneer echter gebruik wordt gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, kan de aanbestedende overheid, mits uitdrukkelijk gemotiveerde bepaling in de opdrachtdocumenten, in een kortere termijn voorzien.

De inschrijver draagt de bewijslast van de verzending van de verantwoording.

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.

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.

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.

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

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

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

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

De aanbestedende overheid wijst de offerte eveneens af wanneer zij heeft vastgesteld dat het totale offertebedrag abnormaal laag is omdat de offerte niet voldoet aan de in artikel 7, eerste lid, van de wet, bedoelde verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal- of arbeidsrecht omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is. Wanneer de offerte niet voldoet aan de verplichtingen op het gebied van het federaal sociaal- of het arbeidsrecht, deelt de aanbestedende overheid dit mee overeenkomstig paragraaf 5, tweede lid.

In het kader van beoordeling kan de aanbestedende overheid ook rekening houden met inlichtingen die niet afkomstig zijn van de inschrijver. Deze gegevens worden voorgelegd aan de inschrijver teneinde hem de kans te geven hierop te reageren.

Wanneer een aanbestedende overheid vaststelt dat een offerte abnormaal laag lijkt ten gevolge van door de inschrijver verkregen overheidssteun, kan de offerte alleen op die grond worden afgewezen na overleg met de inschrijver en deze niet binnen een door de aanbestedende overheid gestelde toereikende termijn kan aantonen dat de betrokken steun verenigbaar is met de interne markt, in de zin van artikel 107 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie. Wanneer de aanbestedende overheid in een dergelijke situatie een offerte afwijst, deelt zij dit mee overeenkomstig paragraaf 5, derde lid. Onderhavig lid is enkel van toepassing voor de opdrachten waarvan het geraamd bedrag gelijk is aan of hoger dan de drempels voor de Europese bekendmaking.

§ 4. Als bij een opdracht voor werken of voor een opdracht voor diensten in een fraudegevoelige sector, geplaatst bij openbare of niet-openbare procedure de economisch meest voordelige offerte enkel geëvalueerd wordt op basis van de prijs, en voor zover minstens vier offertes in aanmerking genomen werden overeenkomstig de derde en vierde leden, voert de aanbestedende overheid een prijzen- of kostenbevraging uit overeenkomstig de paragrafen 2 en 3, voor elke offerte waarvan het totale offertebedrag minstens vijftien procent onder het gemiddelde bedrag van de door de inschrijvers ingediende offertes ligt. Hetzelfde geldt voor de opdrachten voor werken en voor de opdrachten voor diensten in een fraudegevoelige sector, geplaatst bij openbare of niet-openbare procedure wanneer de economisch meest voordelige offerte geëvalueerd wordt op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding waarbij het prijscriterium ten minste vijftig procent uitmaakt van het totaal gewicht van de gunningscriteria. In dit laatste geval kan de aanbestedende overheid echter in de opdrachtdocumenten een hoger percentage voorzien dan vijftien procent.

Het gemiddelde van de bedragen wordt als volgt berekend :

1° indien het aantal offertes gelijk is aan of groter dan zeven, door zowel de laagste offerte uit te sluiten als de hoogste offertes die samen een vierde van het aantal ingediende offertes vormen. Indien dit aantal niet deelbaar is door vier, wordt het vierde naar de hogere eenheid afgerond;

2° indien het aantal offertes lager ligt dan zeven, door de laagste en de hoogste offerte uit te sluiten.

De berekening van het gemiddelde van de bedragen is gebaseerd op alle offertes van de geselecteerde inschrijvers. Wat de openbare procedure betreft mag deze berekening eveneens gebeuren op basis van de offertes van de voorlopig geselecteerde inschrijvers overeenkomstig artikel 75.

In het kader van deze berekening kan de aanbestedende overheid echter beslissen om geen rekening te houden met de manifest onregelmatige offertes.

De opdrachtdocumenten kunnen deze paragraaf toepasselijk maken voor opdrachten voor leveringen of opdrachten voor andere diensten dan deze

bedoeld in artikel 2, 13°, geplaatst bij openbare of niet-openbare procedure en waarbij de economisch meest voordelige offerte enkel geëvalueerd wordt op basis van de prijs.

§ 5. Wanneer de offerte in het kader van een overheidsopdracht voor werken, leveringen of diensten wordt geweerd op basis van een abnormale prijs dan wel kost, deelt de aanbestedende overheid dat onverwijld mee aan de Auditeur-generaal van de Belgische Mededingingsautoriteit. Deze mededeling bevat minstens de volgende inlichtingen : de identificatiegegevens van de betreffende inschrijvers, het voorwerp van de opdracht, alsook de abnormaal hoge of lage prijs dan wel kost.

Wanneer de offerte in het kader van een overheidsopdracht voor werken, leveringen of diensten wordt geweerd omwille van de vaststelling dat deze abnormaal laag is omdat zij niet voldoet aan de in artikel 7, eerste lid, van de wet, bedoelde verplichtingen op het gebied van het federaal sociaal- of het arbeidsrecht, deelt de aanbestedende overheid dit onverwijld mee aan de Sociale inlichtingen- en opsporingsdienst, met opgave van de in het eerste lid bedoelde inlichtingen.

Wanneer de offerte in het kader van een overheidsopdracht voor werken, leveringen of diensten wordt geweerd omwille van de vaststelling dat deze abnormaal laag is ingevolge niet met de interne markt verenigbare overheidssteun, stelt de aanbestedende overheid de Europese Commissie daarvan onverwijld in kennis. Een kopij van deze kennisgeving wordt eveneens onverwijld doorgestuurd naar het in artikel 163, § 2, van de wet, bedoelde aanspreekpunt.

Wanneer een offerte in het kader van een overheidsopdracht voor werken wordt geweerd op basis van een abnormaal lage prijs dan wel kost, wordt ook de Commissie voor de erkenning van aannemers onverwijld daarvan op de hoogte gebracht.

§ 6. Behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten is het onderhavige artikel niet toepasselijk op de mededingingsprocedure met onderhandeling, noch op de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, noch op de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, voor zover het een opdracht voor leveringen of diensten betreft waarvan de geraamde waarde lager is dan de drempels voor de Europese bekendmaking dan wel een opdracht voor werken waarvan de geraamde waarde lager is dan 500.000 euro.”

10. Een aanbestedende overheid beschikt voor het al dan niet opstarten van de procedure wegens abnormale prijzen over een aanzienlijke beoordelingsruimte. Deze beoordelingsruimte lijkt breder wanneer het, zoals bij de in het geding zijnde opdracht, gaat om “intellectuele diensten” die voor een inschrijver een ruime marge bij de prijszetting lijken te bieden.

De Raad van State mag, gesteld voor de toetsing van de beoordeling van de motieven van een aanbestedende overheid om prijzen al dan niet als abnormaal te beschouwen en om al dan niet een prijsverantwoording te vragen, zijn eigen beoordeling niet in de plaats stellen van die van het bestuur. Het komt aan 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 met de vereiste zorgvuldigheid en binnen de perken van de redelijkheid is geschied.

11. In het verslag van nazicht luidt de motivering betreffende het prijsonderzoek:

“Nazicht abnormale eenheidsprijzen en totale offerteprijzen:
De prijzen van de inschrijvers werden geheel vergeleken in functie van afwijkende en/of abnormale prijzen.
Bij de prijszetting van diensten merken we vaak grote verschillen.
Uit het kosten- en prijsonderzoek is gebleken dat er geen abnormale eenheids- en totale prijzen werden genoteerd door de inschrijvers.
Verschillende inschrijvers zitten ver onder de gemiddelde prijs en enkele zitten ver boven het gemiddelde.
Hierbij werden de prijzen van de inschrijvers met lagere prijzen nogmaals bekeken en konden we concluderen dat deze steeds geheel in verhouding zijn.
We kunnen dus concluderen dat alle opgegeven prijzen correct zijn.”

Nadat de verwerende partij hierover door de verzoekende partij werd bevraagd, stelt zij in haar schrijven van 13 november 2020 hierover nog het volgende:

“Wij delen uw mening dat er bij verschillende inschrijvers een grote afwijking is van de ingediende prijs ten opzichte van de gemiddelde prijs. We hebben echter een prijs- en kostenonderzoek gevoerd (zoals u kan zien in het verslag van nazicht). Uit de informatie en bewijsmiddelen hieromtrent is gebleken dat de ingediende prijzen onderbouwd zijn en dus marktconform. Bovendien bleek ook dat de prijzen geheel in verhouding zijn. Uit ons onderzoek is dus gebleken dat er geen abnormale eenheids- en totale prijzen werden vastgesteld en dat een prijsverantwoording niet nodig was.”

12. Uit de bestreden beslissing en het bijgevoegde verslag van nazicht blijkt dat de verwerende partij een prijsonderzoek heeft verricht. In het verslag van

nazicht, waar de bestreden gunningsbeslissing naar verwijst, lijken voorts een aantal motieven te worden vermeld om te verantwoorden waarom de door de gekozen inschrijver opgegeven eenheids- en totaalprijzen geen schijnbaar abnormaal karakter vertonen, zodat geen prijsbevraging diende te worden georganiseerd overeenkomstig artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

13. Hoewel de verzoekende partij onder meer verwijst naar afwijkingen van de totaalprijzen van de eerste en tweede gerangschikte inschrijvers met een door haarzelf berekend gemiddelde overeenkomstig artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, betoogt zij niet en blijkt op het eerste gezicht evenmin dat deze bepaling en de daarin vervatte verplichte prijs- of kostenbevraging te dezen van toepassing zou zijn. Het betreft immers geen opdracht van werken. Evenmin lijkt het te gaan om een opdracht voor diensten in een fraudegevoelige sector.

14. Voorts valt op te merken dat te dezen achttien offertes werden ingediend en dat ook met zeer uiteenlopende prijzen werd ingeschreven.

Zowel de verwerende partij als de tweede verzoekende partij tot tussenkomst wijzen er nog op dat de opdracht betrekking heeft op een openbrekende markt, waarin veel nieuwe spelers zich trachten te begeven, met zeer uiteenlopende prijzen tot gevolg. Beide verzoekende partijen tot tussenkomst beargumenteren ook dat de gemiddelde prijs van de erkende laboratoria een correcter beeld van de marktconformiteit van de prijzen geven dan de door de verzoekende partij berekende gemiddelden.

Het voorgaande lijkt veeleer te bevestigen dat er grote prijsverschillen in deze sector zijn en dat dergelijke prijsverschillen dus niet noodzakelijk verdacht moesten worden bevonden.

Bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een schijnbaar abnormale prijs, lijkt voorts ook rekening te mogen worden gehouden met de specificiteit van de opdracht. In dit verband dient te worden vastgesteld dat het te

dezen een opdracht voor intellectuele dienstverlening betreft, waarbij aanzienlijke prijsverschillen vaak voorkomen.

In het licht van de zeer uiteenlopende prijzen en de aard van de opdracht lijkt zich aan de verwerende partij aldus *prima facie* geen reden te hebben opgedrongen om te moeten twijfelen aan het normale karakter van die voorgestelde prijzen.

15. De verwerende partij en de tweede tussenkomende partij wijzen er op het eerste gezicht ook niet onterecht op dat de eerste en de tweede gerangschikte inschrijver, anders dan de verzoekende partij, beiden beschikken over een door de overheid erkend laboratorium voor identificatie van asbest, hetgeen tevens prijsverschillen lijkt te kunnen verklaren, nu zij niet met onderaannemers moeten werken voor het analyseren van hun stalen.

16. Ook waar de verwerende partij nog opmerkt dat de cv Abesco (Glabbeek) en de bvba A&S Stonefish (Mechelen) qua locatie een voordeel hebben in vergelijking met de verzoekende partij (Gent), komt dit op het eerste gezicht niet voor als een zienswijze die buiten de perken van de redelijkheid treedt, in het licht van de omschrijving van de posten in de meetstaat die ook heel wat verplaatsingskosten lijken te omvatten.

17. Uit de neergelegde stukken blijkt verder dat de gekozen inschrijver reeds de gekozen aannemer is in het kader van een andere overheidsopdracht (raamovereenkomst veiligheidscoördinatie) gegund op 10 januari 2020, waarbij volgens de verwerende partij gelijkaardige vaststellingen werden gedaan. De cv Abesco heeft volgens haar ook zwaar geïnvesteerd in digitale middelen (tablets voor medewerkers, online platformen voor opvolging en dergelijke) waardoor ze een fysieke administratieve kracht kunnen uitsparen en zo goedkoper kunnen zijn dan anderen. De argumenten uit dat dossier gelden volgens haar ook voor dit dossier nu beide dossiers vergelijkbaar zijn. Zij stelt tevens dat de cv Abesco haar opdrachten in het kader van de raamovereenkomst veiligheidscoördinatie tot grote tevredenheid uitvoert zodat aldaar alvast niet is gebleken dat zij ondanks hun prijszetting hun taken niet naar behoren zouden uitvoeren.

De eerste verzoekende partij tot tussenkomst voegt daaraan toe dat verschillende van haar asbestdeskundigen ook veiligheidscoördinator zijn zodat bij de voorbereiding van verbouwingsdossiers de prestaties als veiligheidscoördinator en als asbestkundige kunnen worden gecombineerd.

18. De verzoekende partij maakt om de voormelde redenen niet met de vereiste ernst aannemelijk dat het prijzenonderzoek gebrekkig zou zijn gevoerd.

Tweede onderdeel

19. In wat als een tweede middelonderdeel kan worden beschouwd, voert de verzoekende partij een schending aan van de formelemotiveringsplicht afgeleid uit de artikelen 4, 5 en 8 van de rechtsbeschermingswet.

20. Wat de omvang van de formelemotiveringsverplichting betreft, lijkt de verzoekende partij daarbij evenwel het onderscheid uit het oog te verliezen tussen enerzijds de fase van het algemeen prijzenonderzoek en anderzijds de fase van het – hier niet doorgevoerd – bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen, met eventuele vraag tot prijsverantwoording.

21. De formele motivering inzake het prijsonderzoek zoals opgenomen in het verslag van nazicht werd hoger reeds weergegeven.

Indien, zoals te dezen, de aanbestedende overheid bij het prijsonderzoek oordeelt dat er geen schijnbaar abnormale prijzen zijn, lijkt het niet dat de aanbestedende overheid met betrekking tot dit prijsonderzoek een extensieve motivering dient op te nemen in de gunningsbeslissing of in het verslag van nazicht. Te dezen blijkt uit dat verslag dat een nazicht op abnormale eenheidsprijzen en totale offerteprijzen heeft plaatsgevonden en dat uit het kosten- en prijzenonderzoek is gebleken dat er geen abnormale eenheids- en totale prijzen door de inschrijvers werden aangeboden. Het lijkt dan ook niet dat de formelemotiveringsplicht werd geschonden doordat de bestreden beslissing en het verslag van nazicht te dezen over het prijsonderzoek geen andere informatie bevat dan wat in het verslag van nazicht wordt vermeld. Zo had de verwerende partij geen intentie om de gekozen offerte te weren wegens abnormale prijzen. Enige

bijkomende motivering dan die, waaruit blijkt dat de totaalprijs en eenheidsprijzen werden nagekeken en dat geen abnormale eenheids- en totale prijzen werden vastgesteld en die als bijlage bij de bestreden beslissing werd meegedeeld aan de verzoekende partij, lijkt in die omstandigheid niet vereist.

23. De verzoekende partij maakt aldus niet met de vereiste ernst aannemelijk dat het prijzenonderzoek zou zijn gevoerd op een wijze die zou strijden met formelemotiveringsverplichtingen.

Derde onderdeel

24. In wat als een derde middelonderdeel kan worden beschouwd, betoogt de verzoekende partij nog dat ook het gelijkheidsbeginsel werd geschonden nu de vraag kan worden gesteld of de betrokken inschrijvers “wel degelijk aan alle wettelijke verplichtingen voldoen inzake loon, milieuverplichtingen, sociale verplichtingen”.

25. In de mate dat de verzoekende partij opwerpt dat “de vraag kan worden gesteld of” aan voormelde wettelijke verplichtingen is voldaan, lijkt alleen al deze wijze van formulering een reden om te besluiten dat de grief niet ontvankelijk is, minstens niet de vereiste ernst vertoont om in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden aanvaard.

26. De verzoekende partij laat ook na te concretiseren welke inbreuk de verwerende partij bij het prijsonderzoek reeds had kunnen en moeten vaststellen.

27. Op het eerste gezicht blijken ook uit het administratief dossier geen tegenindicaties die de verwerende partij hadden moeten doen vermoeden dat aan deze vereisten niet zou zijn voldaan.

Beide verzoekende partijen tot tussenkomst weerleggen in hun verzoekschriften ook de aantijgingen van de verzoekende partij, hetgeen tevens door de neergelegde stukken wordt ondersteund.

Zoals reeds werd vastgesteld bij de beoordeling van het eerste onderdeel beschikken beide verzoekende partijen tot tussenkomst bovendien ook over een erkenning als laboratorium voor identificatie van asbest, die enkel kan worden toegekend indien aan de erkenningsvoorwaarden daartoe werd voldaan, met alle waarborgen die daaraan zijn verbonden.

28. De verzoekende partij meent nog, in het kader van dit middelonderdeel, ongelijk te zijn behandeld doordat de sterk uiteenlopende offerteprijzen tot gevolg hebben dat het prijs criterium, met weging van 75 punten, aanleiding geeft tot zeer grote verschillen in de scores tussen de inschrijvers, die niet met scores voor de overige twee criteria kunnen worden overbrugd.

In zoverre de verzoekende partij hier zou willen aanvoeren dat zij ongelijk is behandeld bij de concrete evaluatie van haar offerte aan de hand van de twee hier bedoelde gunningscriteria, ziet de Raad van State niet in op welke wijze dit zou zijn gebeurd nu zij daarbij dezelfde punten heeft behaald als de gekozen inschrijver.

In zoverre zij de te grote weging van het prijs criterium bekritiseert blijft deze kritiek zeer algemeen en ontbeert deze het concrete karakter die het de Raad van State zou toestaan de keuze voor de betrokken weging van het prijs criterium op het eerste gezicht onrechtmatig te achten.

29. Een schending van de aangevoerde bepalingen en beginselen wordt *prima facie* niet aangetoond.

30. Het middel is, in al zijn onderdelen, niet ernstig.

VII. Besluit

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

BESLISSING

1. De verzoeken van de cv Abesco en de bvba A&S Stonefish tot tussenkomst worden ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van veertien december tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Johan Bovin