

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 249.683 van 2 februari 2021

in de zaak A. 232.656/XII-9028

In zake: de BV BIGGELAAR GROEP
vennootschap naar Nederlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf
kantoor houdend te 9000 Gent
Fortlaan 95

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo en Ruben Dewulf
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV JAN DE NUL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Lemmens, Jan De Leyn en Cédric Vandekeybus
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
De Burburestraat 6-8 bus 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 6 januari 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging “van de beslissing d.d. 19 december 2020 van [het Vlaamse Gewest] om

- (1) de offerte van [de bv Biggelaar Groep] substantieel onregelmatig te verklaren en bijgevolg als nietig te verwerpen in toepassing van artikel 76, § 1 juncto artikel 36, § 3 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 [...]; en, aansluitend,
- (ii) de opdracht van aanneming voor werken ‘Onderhoudsbaggerwerken in het Kanaal Gent-Terneuzen’ te gunnen aan Jan De Nul nv [...] voor een bedrag van EUR 6.029.817,20 (incl. btw).”

II. Verloop van de rechtspleging

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

Met een verzoekschrift van 18 januari 2021 heeft de nv Jan De Nul gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 januari 2021, om 14.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Ruben Dewulf, die *loco* advocaat Frank Judo verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Jan De Leyn, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor werken met als voorwerp “onderhoudsbaggerwerkzaamheden in het Kanaal Gent-Terneuzen”:

Het bestek omschrijft de opdracht:

“Via onderhavige opdracht dient de opdrachthouder baggerspecie uit het Gentse Havengebied te baggeren, te transporteren naar eigen bergings-/verwerkingslocatie om aldus daar te bergen en/of te verwerken. De baggerwerken zullen hoofdzakelijk gebeuren d.m.v. het verwijderen van de specie. De inschrijver wordt eigenaar van de gebaggerde specie. Indien de aanbestedende overheid het nodig acht kan zij opteren voor een ploegoperatie. De onderhoudsbaggerwerken dienen in de eerste plaats gericht te worden op het behouden van de bodempeilen, vermeld voor elke zone in onderhavig bestek. Er dient zorg voor gedragen te worden dat het opgelegd bodempeil op een gelijkmatige manier gerealiseerd wordt, zonder putten of kuilen en zonder nutteloze overdieptes. De aannemer dient hiervoor het nodige materieel in te zetten tijdens de baggerwerken. Aan de hand van peilingen kan de aanbestedende overheid prioritaire zones aanduiden. De bevelen inzake prioritair te baggeren zones dienen strikt te worden opgevolgd. De bodempeilen kunnen, indien de omstandigheden dit vereisen, aangepast worden door de aanbestedende overheid. Deze werken gebeuren volgens de voorschriften voorgeschreven door de aanbestedende overheid. De aanbestedende overheid behoudt zich het recht toe baggerwerken in de zones vermeld in onderhavig bestek alsook andere infrastructurele baggerwerken gedeeltelijk buiten deze aanneming te laten uitvoeren. In voorkomende gevallen heeft de aannemer geen recht schadevergoeding of gelijk welke vergoeding ook.”

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 11 september 2020 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 16 september 2020.

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

Het bestek met referte MT/01870 is van toepassing.

3.2. De opening der offertes vindt plaats op 19 oktober 2020.

Zes offertes zijn ontvangen, onder meer van de bv Biggelaar Groep, de verzoekende partij en de nv Jan De Nul, de tussenkomende partij:

Volgnr.	Firma	Bedrag incl. btw
1	Jan De Nul nv Tragel 60 9308 Aalst	6.029.817,20 euro
2	GHENT DREDGING NV Steenweg 250 9810 Nazareth	6.172.815,00 euro
3	DEME ENVIRONMENTAL CONTRACTORS Scheldedijk 30 2070 Zwijndrecht	6.234.525,00 euro
4	BOSKALIS Nederland B.V. 's Gravenweg, 399-405 Rotterdam	6.369.236,72 euro
5	Biggelaar Groep BV Oude Weistraat 17 5334 LK Velddriel	4.715.975,00 euro
6	A.B.O.G. NV Vantegemstraat 19 9230 Wetteren	4.918.650,00 euro

3.3. Per aangetekend schrijven van 22 oktober 2020 wordt aan de verzoekende partij een prijsverantwoording gevraagd voor de posten 7 en 8.

Per aangetekend schrijven van 10 november 2020 heeft zij een prijsverantwoording bezorgd.

3.4. Een gunningsverslag wordt opgesteld 26 november 2020.

De verzoekende partij wordt geselecteerd.

Inzake de regelmatigheid van de offertes vermeldt het gunningsverslag:

“1. Substantiële onregelmatigheid

De inschrijver Biggelaar Groep BV verklaart in zijn prijsverantwoording dat er enkel op post 7 een toeslag voor algemene kosten en winst wordt toegepast.

Dit druist in tegen de bepalingen van art. 28 van het KB Plaatsing van 18 april 2017 dat vereist dat ‘al de algemene en financiële kosten, alsmede

de winst, in verhouding tot hun belangrijkheid, verdeeld worden over de onderscheiden posten’.

Bovendien impliceert dit dat de omvang van de algemene kosten en winst voor deze opdracht beperkt is tot een onrealistisch laag bedrag voor een opdracht van +/- 4 miljoen euro.

Het ontbreken van een toeslag voor algemene kosten en winst (m.u.v. post 7) verklaart wel grotendeels het verschil met de overige inschrijvers.

Voor het overige zijn de gronden die krachtens art. 76 van het KB plaatsing aanleiding geven tot substantiële onregelmatigheid onderzocht en geen van de overgebleven offertes zijn substantieel onregelmatig.

2. Niet substantiële onregelmatigheid

Er werden geen niet-substantiële onregelmatigheden vastgesteld.

3. Besluit:

De aanbestedende overheid meent dat er voldoende elementen zijn om de prijsverantwoording voor de posten 7 en 8 uit de offerte van Biggelaar Groep BV op prijstechnisch vlak als substantieel abnormaal te beschouwen. Omwille van deze reden wordt inschrijver Biggelaar Groep BV uitgesloten.

Bij de overige inschrijvers kan de offerte op prijstechnisch vlak normaal beschouwd worden.”

3.5. Op 19 december 2020 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Jan De Nul.

Dit is de bestreden beslissing.

Per aangetekend schrijven van 22 december 2020 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte onregelmatig is bevonden. De bestreden beslissing en het gunningsverslag zijn gevoegd in bijlage.

IV. Tussenkomst

4. De nv Jan De Nul blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5.1 De verwerende partij betwist het belang van de verzoekende partij bij de gevraagde schorsing, omdat zij een substantiële onregelmatige offerte indiende: “concreet levert de verzoekende partij in haar summiere uiteenzetting omtrent haar belang, geen enkel argument aan dat aantoonde dat de verwerende partij niet tot de substantiële onregelmatigheid van haar offerte mocht beslissen. Het verwijzen naar de gegrondheid van haar middel is evident onderscheiden van de ontvankelijkheid van een middel.”

5.2. Het enig middel strekt er precies toe voor recht te horen verklaren dat de offerte van de verzoekende partij ten onrechte onregelmatig is verklaard en dat haar offerte wel degelijk mee in aanmerking diende te worden genomen voor de gunning van de opdracht.

De exceptie wordt verworpen.

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 enig middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 4, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), artikel 36, §§ 2 en 3, *juncto* artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), artikel 5, 8° en 9°, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ *juncto* de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel, artikel 28 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, het gelijkheidsbeginsel en, ondergeschikt, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ of de formelemotiveringsplicht.

Zij vat dit middel als volgt samen:

“Doordat, op basis van het Aanbestedingsverslag, de offerte van Verzoekende Partij substantieel onregelmatig wordt verklaard op basis van twee motieven, m.n.

(i) de schending van artikel 28 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 omdat de algemene en de financiële kosten niet, in verhouding tot hun

belangrijkheid, over alle posten van de samenvattende opmeting zouden zijn verdeeld; en

(ii) de omvang van de algemene kosten en de winst voor de opdracht beperkt is tot een onrealistisch laag bedrag voor een opdracht van ongeveer EUR 4 mio; Terwijl, eerste onderdeel, het eerste motief geen steun vindt in de door Verzoekende Partij verstrekte prijsverantwoording, nu Verzoekende Partij enkel heeft aangegeven dat de toeslag voor algemene kosten alsmede winst en risico ten belope van 15 % werd aangerekend voor post 7 ‘baggeren’ en niet voor post 8 ‘vervoeren’, beide met eenzelfde vermoedelijke hoeveelheid van 65.000 m³, met als motief dat de subposten van beide posten, zoals tussentijdse peilingen, uitvoeringskosten, havengelden en de post ten behoeve van milieumaatregelen, op beide posten betrekking hebben en het bijgevolg niet correct zou zijn om over deze posten tweemaal deze toeslag aan te rekenen;

Terwijl, bovendien de loutere bewering dat de omvang van de algemene kosten en de winst voor deze opdracht met een waarde van ongeveer EUR 4 mio onrealistisch laag is, op generlei wijze door Verwerende Partij wordt gestaafd en trouwens een opportunitetsbeoordeling inhoudt waartoe Verwerende Partij niet bevoegd is en bovendien ook geen rekening houdt met voordelen die inschrijvers, conform de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie (arrest C-367/19 van 10 september 2020) en gegeven de concrete feitelijke context, in rekening kunnen brengen;

Zodat, bijgevolg, de Bestreden Beslissing artikel 28 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 schendt, nu, anders dan door Verwerende Partij wordt aangevoerd, er helemaal geen ‘frontloading’ voorligt; bovendien schendt de Bestreden Beslissing artikel 4 van de Wet van 17 juni 2016 juncto artikel 5, 8° en 9° van de Wet van 17 juni 2013 juncto de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel, nu Verwerende Partij zich beroept op motieven die, enerzijds, geen steun vinden in de offerte of de prijsverantwoording die Verzoekende Partij heeft ingediend, minstens niet worden gestaafd of onderbouwd, maar, anderzijds, berusten op eigen inschattingen, die bovendien buiten de bevoegdheid inzake een prijsonderzoek van Verwerende Partij lijken te vallen;

Terwijl, tweede onderdeel, de door Verzoekende Partij ingediende prijsverantwoording voldoet aan de vereisten van tijdigheid, volledigheid en cijfermatige onderbouwing, met toevoeging van stavende stukken, zoals bepaald in artikel 36, § 2 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 en geconcretiseerd in de (uitgebreide) rechtspraak van uw Raad;

Terwijl, op basis van de gevraagde klasse inzake de erkenning, m.n. klasse 7, werd aangenomen dat de inschrijvingsprijs zich zou situeren tussen EUR 3.900.000,00 en EUR 6.449.000,00 (incl. btw), wat een aanwijzing inhoudt dat de geraamde waarde van de Opdracht zich eerder situeerde bij de door Verzoekende Partij opgenomen inschrijvingsprijs;

Zodat, bijgevolg, er prima facie geen enkele reden voorligt om te twijfelen dat bij de uitvoering van de Opdracht

(i) dwingende sociaal-, arbeids- of milieurechtelijke bepalingen van het Unierecht; of

(ii) dwingende bepalingen van met het Unierecht verenigbare voorschriften van nationaal recht (zoals bv. technische bepalingen); of

(iii) dwingende internationaalrechtelijke voorschriften door verzoekende partij niet zullen worden nageleefd;

Terwijl, ten slotte, het aanbestedingsverslag bevestigt dat er geen andere gronden voorliggen die aanleiding moeten geven tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte van Verzoekende Partij (en van de offertes van de andere inschrijvers); Zodat, de offerte van Verzoekende Partij, aansluitend op de inhoudelijke beoordeling van de bijgebrachte prijsverantwoording, als substantieel regelmatig moet worden aanvaard; Terwijl, derde onderdeel, de door verwerende partij gekozen plaatsingsprocedure - de openbare procedure - én enig gunningscriterium - de prijs - de inschrijvers uitnodigen om, op basis van de (administratieve en technische) bepalingen van de opdrachtdocumenten, een zo competitief mogelijke offerte in te dienen, waarbij, uitgaande van de concrete feitelijke context van de te gunnen opdracht, door de inschrijvers rekening kan worden gehouden met elementen die voor de inschrijvers een economische (niet-monetaire) waarde vertegenwoordigen;

Terwijl, de voorliggende feitelijke context, m.n. een opdracht betreffende het uitvoeren van baggerwerken in Vlaanderen - een vanuit budgettair en economisch oogpunt zeer belangrijke activiteit - wordt gekenmerkt door een economische situatie waarbij, sinds mensenheugenis, de opdrachten uitsluitend door in Vlaanderen gevestigde baggerondernemingen - vaak nog onder de vorm van een samenwerkingsverband - worden uitgevoerd; Zodat, voor in een andere lidstaat van de Europese Unie gevestigde onderneming, zoals Verzoekende Partij, het bekomen van de Opdracht een belangrijk economisch (niet-monetair) voordeel uitmaakt dat, overeenkomstig het Europees Hof van Justitie (C-367/19 van 10 september 2020), mee in overweging kan worden genomen bij het beoordelen van de aangeboden prijs; dit economisch voordeel kan o.a. volgende vormen aannemen:

(i) het toegang verkrijgen tot een nieuwe markt; en, aansluitend,

(ii) het verwerven van interessante referenties met het oog op de uitvoering van toekomstige opdrachten;

Zodat, samengevat, de bestreden beslissing de beginselen (m.n. het gelijkheidsbeginsel) opgenomen in artikel 4 van de Wet van 17 juni 2016 schendt, evenals artikel 28 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017; tevens schendt de Bestreden Beslissing artikel 36, §§ 2 en 3, van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017, artikel 5, 8° en 9° van de Wet van 17 juni 2013 in samenhang met de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel;

Zodat, ondergeschikt, de bestreden beslissing de formele motiveringsplicht zoals opgenomen in de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991, schendt;

Zodat het eerste en enige middel ontvankelijk en gegrond is.”

Beoordeling

8. Artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt dat de aanbestedende overheid een prijzen- of kostenonderzoek uitvoert op de ingediende offertes, overeenkomstig de door de Koning te bepalen nadere regels.

Overeenkomstig artikel 33 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 gaat de aanbestedende overheid, na de verbetering van de offertes overeenkomstig artikel 34, 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 hetzelfde besluit bepaalt dat de aanbestedende overheid de ingediende offertes onderwerpt aan een prijs- of kostenonderzoek en zij daartoe, overeenkomstig artikel 84, tweede lid van de wet overheidsopdrachten 2016, de inschrijvers kan verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken.

Artikel 36 van hetzelfde besluit bepaalt:

“§ 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.
[...]

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

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

[...]”

Krachtens artikel 76, § 3, van hetzelfde besluit dient de aanbestedende overheid, wanneer gebruik wordt gemaakt van een openbare of niet-openbare procedure, een substantieel onregelmatige offerte nietig te verklaren.

Artikel 28 van hetzelfde besluit bepaalt:

“De eenheidsprijzen en de globale prijzen voor iedere post van de samenvattende opmeting of van de inventaris worden opgegeven met inachtneming van de betrekkelijke waarde van die posten ten opzichte van het totale offertebedrag. Alle algemene en financiële kosten alsmede de winst worden, in verhouding tot hun belangrijkheid, verdeeld over de onderscheiden posten.”

9. De verzoekende partij neemt een uittreksel van deze prijsverantwoording op in haar verzoekschrift:

“6. Toeslag AK, W&R

Tot slot hebben wij een toeslag van 15% Algemene kosten en winst en risico over deze eenheidsprijs van € 2,74 m³ gerekend waarmee onze totale eenheidsprijs voor post 7 uitkomt op € 3,15 m³. Een en ander zoals door ons opgegeven in de samenvattende meetstaat.

De subposten tussentijdse peilingen, uitvoeringskosten, havengelden en post t.b.v. milieumaatregelen hebben zowel betrekking op post 7 baggeren als post 8 vervoeren. Wij hebben er voor gekozen om deze posten onder post 7 baggeren op te nemen. De toeslag van 15% AK, W&R laten wij om deze reden dan ook alleen onder post 7 baggeren zien en niet nog eens apart onder post 8 vervoeren. Als de vermeerdering over de totale aanneemsom zou worden geteld zouden we u als opdrachtgever benadelen omdat het grootste aandeel van de som uit de afvoer van baggerspecie bestaat. Het aandeel arbeid met betrekking tot de baggerwerkzaamheden is relatief klein daarom is er voor gekozen om enkel over het baggeren deze percentages te tellen en niet over de andere posten. De aanneemsom zou anders veel te hoog en onrealistisch worden.”

Het gunningsverslag besluit tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij omwille van “het ontbreken van een toeslag voor algemene kosten en winst (m.u.v. post 7)”.

10. Tegen het eerste motief dat de handelwijze van de verzoekende partij indruist tegen de bepaling van artikel 28 van het koninklijk besluit plaatsing

2017 brengt de verzoekende partij in dat er geen sprake zou zijn van *frontloading* en dat een aanzienlijk aantal subposten – tussentijdse peilingen, uitvoeringskosten, havengelden en posten ten behoeve van milieumaatregelen – betrekking heeft op zowel post 7 “baggeren” als post 8 “vervoeren”, die volledig inhoudelijk bij elkaar aansluiten. De verzoekende partij zoekt daarvoor aansluiting bij het arrest nr. 234.189 van de Raad van State van 22 maart 2016.

Het betoog van de verzoekende partij kan op het eerste gezicht niet worden bijgevalen.

In het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 22 april 1977 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ wordt bij het toenmalige artikel 20, § 5, dat later werd hernomen in artikel 96, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, nog later werd hernomen en uitgebreid tot de inventaris voor opdrachten van leveringen en diensten door artikel 15 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, en thans ongewijzigd overgenomen door artikel 28 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de volgende toelichting gegeven:

“In § 1 van dit artikel wordt nader bepaald dat enerzijds het voorschrift voortaan evenzeer geldt voor de totale prijzen als voor de eenheidsprijzen van de posten de gemengde opdrachten en dat anderzijds in deze prijzen een deel van de algemene kosten moet zijn opgenomen.

Er werd soms vastgesteld dat de prijzen van bepaalde posten – en voornamelijk de posten die eerst dienden te worden uitgevoerd – fel overdreven werden omdat de inschrijvers er de quasi-totaliteit van hun algemene kosten in opnamen, wat vanzelfsprekend betalingen in mindering ten gevolge had, die buiten verhouding stonden tot de normale waarde van de verrichte prestaties en die anderzijds de vergelijking der offerten ten zeerste vervalste.

De nieuwe tekst klaart die toestand op, terwijl terzelfdertijd het doel van art. 20 wordt bereikt, te weten de objectieve vergelijking van de inschrijvingen”.

Op het eerste gezicht ten onrechte lijkt de verzoekende partij aan te nemen dat een inbreuk op de bepaling van artikel 28 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 slechts aanleiding vermag te geven tot de substantieel onregelmatigverklaring van de offerte indien er effectief sprake is van *frontloading*.

Overeenkomstig artikel 76, § 1, derde lid, van hetzelfde koninklijk besluit plaatsing 2017 is een offerte substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden of de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen.

Waar de verzoekende partij in haar verzoekschrift nog laat uitschijnen dat de gedane verdeling van de AKW enkel betrekking heeft op de posten 7 en 8, lijkt zij in haar prijsverantwoording te erkennen dat de AKW enkel werden opgenomen onder post 7 “Baggeren” en niet onder de andere posten.

Door de AKW in strijd met artikel 28 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 niet te verdelen over de onderscheiden posten, in verhouding tot hun belangrijkheid, is de vergelijkbaarheid der offertes verhinderd.

De argumentatie dat de AKW alle teruggaan op één post zoals de verzoekende partij in haar prijsverantwoording en ook thans betoogt – nog aangenomen dat zulks het geval zou zijn – doet op het eerste gezicht niet anders besluiten.

Toegepast op de voorliggende offerte, heeft deze handelwijze er bovendien toe geleid dat de AKW enkel zijn opgenomen onder één post die relatief gezien slechts een fractie van de totale waarde van de opdracht uitmaakt. Door aan de prestaties onder de andere posten geen aandeel in de AKW toe te kennen zoals vereist door artikel 28 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, lijkt alleszins elke objectieve vergelijking met de offertes van andere inschrijvers die artikel 28 wel hebben gerespecteerd, te worden verhinderd.

11. Het arrest nr. 234.189 waarnaar de verzoekende partij verwijst kan ten dezen op het eerste gezicht evenmin dienstig worden ingeroepen, alleen reeds omdat de feitelijke elementen die hieraan ten grondslag liggen niet overeen blijken te stemmen met deze die zich voordoen in de voorliggende zaak.

12. Het indruisen van de handelwijze van de verzoekende partij tegen de bepaling van artikel 28 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 lijkt in de

gegeven omstandigheden de substantieel onregelmatigverklaring van haar offerte op zich te kunnen verantwoorden.

De kritiek van de verzoekende partij op het tweede motief dat de AKW onrealistisch laag zijn ingeschat, is bijgevolg kritiek op een overtollig motief, die niet tot de schorsing van de bestreden beslissing kan leiden.

13. Deze vaststellingen volstaan op het eerste gezicht om het enig middel in zijn geheel niet ernstig te bevinden.

VIII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Jan De Nul tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van twee februari tweeduizend eenentwintig, 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