

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 253.139 van 1 maart 2022
in de zaak A. 235.611/XII-9185**

In zake: de NV HYE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Flamey
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV DE VLAAMSE WATERWEG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Karel Van Hoorebeke en Rebecca Denys
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure Rechts 162
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV DE BRANDT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Erika Rentmeesters
kantoor houdend te 9100 Sint-Niklaas
Vijfstraten 57
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 februari 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van het besluit van de nv De Vlaamse Waterweg van 18 januari 2022 waarbij de opdracht ‘Onderhoud vanop het water en dringende interventies – Afdeling Regio Centraal – district 2’ (bestek nr. ARC-21-0034) wordt gegund aan de nv De Brandt.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 13 februari 2022 heeft de nv De Brandt gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 februari 2022.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Evi Mees, die *loco* advocaat Peter Flamey verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Rebecca Denys, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Erika Rentmeesters, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Frederic Eggermont 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 nv De Vlaamse Waterweg schrijft een overheidsopdracht van werken uit met als voorwerp “Onderhoud vanop het water en dringende interventies – afdeling Regio Centraal, district 2”.

Het betreft een raamovereenkomst die wordt afgesloten voor de duur van één jaar maar die kan worden verlengd. De volledige looptijd met verlengingen is beperkt tot vier jaar.

3.2. Er wordt gekozen voor een openbare procedure; de prijs is het enig gunningscriterium. De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 18 november 2021. Vijf offertes worden ingediend, waaronder die van de nv De Brandt en de nv Hye:

- de nv Aannemingen M&J Braet: 1.325.578,93 euro,
- de nv Artes Roegiers: 1.338.681,13 euro,
- de nv De Brandt: 760.824,88 euro,
- de nv Ghent Dredging: 1.316.651,58 euro,
- de nv Hye: 1.192.732,20 euro.

3.4. In het kader van het prijsonderzoek wordt met een brief van 24 november 2021 aan de nv De Brandt een prijsverantwoording gevraagd voor het totale offertebedrag, de eenheidsprijzen van de posten 40, 41, 42, 46, 47 en 53, en de opbouw van het kortingspercentage voor hoofdstuk A.2.a.4 – Afbraakwerken en voor hoofdstuk D.3 – Aanpasbare som.

Met een brief van 3 december 2021 bezorgt de nv De Brandt deze prijsverantwoording.

3.5. Een gunningsverslag wordt opgesteld op 13 december 2021.

In het gunningsverslag worden alle offertes regelmatig bevonden.

De prijsverantwoording van de nv De Brandt wordt aanvaard op grond van de volgende motivering:

“Post 40: Uittrekken v oude palen uit de grond : houten palen diam. > 30 cm of vierkant > 28 x 28 cm

In de verantwoording van deze post wordt de eenheidsprijs verantwoord aan de hand van het te gebruiken materieel, materiaal en personeel gekoppeld aan rendementen. De gehanteerde prijzen zijn marktconform. De aanbestedende overheid is van oordeel dat deze inschatting van de benodigde middelen voorkomt als correct. Bovendien zijn ook de ingeschatte rendementen realistisch. Bijgevolg wordt de prijsverantwoording voor deze post aanvaard.

- Post 41: Uittrekken v oude palen uit de grond : betonpalen diam. tot 45 cm of vierkant tot 40 x 40 cm

In de verantwoording van deze post wordt de eenheidsprijs verantwoord aan de hand van het te gebruiken materieel, materiaal en personeel gekoppeld aan rendementen. De gehanteerde prijzen zijn marktconform.

De aanbestedende overheid is van oordeel dat deze inschatting van de benodigde middelen voorkomt als correct. Bovendien zijn ook de ingeschatte rendementen realistisch. Bijgevolg wordt de prijsverantwoording voor deze post aanvaard.

- Post 42: Uittrekken v oude palen uit de grond : betonpalen diam. > 45 cm of vierkant > 40 x 40 cm

In de verantwoording van deze post wordt de eenheidsprijs verantwoord aan de hand van het te gebruiken materieel, materiaal en personeel gekoppeld aan rendementen. De gehanteerde prijzen zijn marktconform.

De aanbestedende overheid is van oordeel dat deze inschatting van de benodigde middelen voorkomt als correct. Bovendien zijn ook de ingeschatte rendementen realistisch. Bijgevolg wordt de prijsverantwoording voor deze post aanvaard.

- Post 46: Leveren v stalen buispalen zonder bodemplaat, min. diam. 120 mm

In de verantwoording van deze post wordt verwezen naar een bijgevoegde offerte van een staalproducent.

Vervolgens wordt hier een marge op toegepast voor algemene kosten en winst. Deze marge is prijsconform.

De aanbestedende overheid is van oordeel dat deze inschatting van de eenheidsprijs voorkomt als correct en bijgevolg wordt de prijsverantwoording voor deze post aanvaard.

- Post 47: Leveren v stalen buispalen herbruikbuispalen (slechts 1x gebruikt)

In de verantwoording van deze post wordt verwezen naar de aankoop van herbruikbuispalen. De gemiddelde aankoopwaarde wordt vervolgens vermeerderd met transport- en laad en loskosten. Vervolgens wordt hier een marge op toegepast voor algemene kosten en winst. Deze marge is marktconform.

De aanbestedende overheid is van oordeel dat deze inschatting van de benodigde middelen voorkomt als correct en bijgevolg wordt de prijsverantwoording voor deze post aanvaard.

- Post 53: Leveren v stalen damplanken: herbruik damplanken (slechts 1x gebruikt)

In de verantwoording van deze post wordt verwezen naar een grote stock aan tweedehands damplanken op hun eigen depot die door de jaren heen werd aangevuld met damplanken afkomstig van de afbraak van oude kaaimuren. De gemiddelde aankoopwaarde wordt vervolgens vermeerderd met transport- en laad en loskosten.

De aanbestedende overheid is van oordeel dat deze inschatting van de benodigde middelen voorkomt als correct en bijgevolg wordt de prijsverantwoording voor deze post aanvaard.

- Kortingspercentage van hoofdstuk A.2.a.4 - Afbraakwerken

In de verantwoording van deze post wordt de eenheidsprijs verantwoord aan de hand van het te gebruiken materieel, materiaal en personeel gekoppeld aan rendementen. De gehanteerde prijzen zijn marktconform. De aanbestedende overheid is van oordeel dat deze inschatting van de benodigde middelen voorkomt als correct. Bovendien zijn ook de ingeschatte rendementen realistisch. Bijgevolg wordt de prijsverantwoording voor deze posten aanvaard.
[...]?

- Kortingspercentage van hoofdstuk D.3 - Aanpasbare som

De ingeschreven korting op CMK tarieven wordt verantwoord aan de hand van een voorbeeld. Hierin worden de CMK tarieven vergeleken met een bijgevoegde recente offerte voor hetzelfde materieel.

De aanbestedende overheid is van oordeel dat deze vergelijking voorkomt als correct en bijgevolg wordt de verantwoording voor deze korting aanvaard.

- Het totale offertebedrag

Ook de verantwoording voor het totale offertebedrag van de inschrijver wordt aanvaard om de volgende redenen:

Er wordt door de inschrijver o.a. verwezen naar:

- De jarenlange ervaring die het bedrijf heeft opgebouwd in onderhoudsweken voor zowel De Vlaamse Waterweg, Maritieme Toegang en de Haven van Antwerpen. Door die ervaring in onderhoudswerken kunnen zij doelgericht en kostenefficiënt te werk gaan.
- De grote basis aan onderhoudsploegen met atelierwagens die het bedrijf beschikt door het jarenlang uitvoeren van onderhoudscontracten. Deze onderhoudsploegen weten door hun ervaring perfect wat de onderhoudswerken inhouden en hoe deze aangepakt moeten worden.
- Het beschikken over bijna al het materieel dat nodig is voor het uitvoeren van de onderhoudswerken. Dit zorgt er dan ook voor dat ze kunnen inschrijven tegen scherpe maar rendabele prijzen.
- Het beschikken over voldoende pontons, zelfvarende kraanpontons en duwbotten om ten allen tijde calamiteiten langsheen het district het hoofd te bieden. Dit zorgt er dan ook voor dat ze kunnen inschrijven tegen scherpe maar rendabele prijzen.

Het is correct dat De Brandt nv reeds meermaals de opdracht 'Onderhoud & Dringende Interventies' heeft uitgevoerd, waardoor deze inschrijver op basis van concrete nacalculatie een zeer goede inschatting kan maken van rendementen, kostprijs, timing, werklast, ... Alle aangehaalde elementen zijn aannemelijk en kunnen zeker een voordeel opleveren. Door de combinatie met de bovenstaande verantwoording van de eenheidsprijzen, waaruit meer concreet blijkt dat er geen significante elementen zijn die wijzen op abnormale prijsvorming in de offerte, komt de aanbestedende overheid tot het oordeel dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont. De bevroagde eenheidsprijzen, die hierboven besproken worden, zijn immers dermate significant binnen het totale offertebedrag,

dat het lage totale offertebedrag effectief ook door deze lage eenheidsprijzen verantwoord wordt.

Tegelijk werd een schriftelijke verantwoording opgemaakt inzake de eerbiediging van toepasselijke regels inzake het milieu-, sociaal en arbeidsrecht.

Het offertebedrag vertoont geen abnormaal karakter en de offerte komt voor verdere beoordeling in aanmerking.”

Vervolgens wordt vastgesteld dat de laagste regelmatige offerte werd ingediend door de nv De Brandt zodat er wordt voorgesteld om de opdracht aan haar te gunnen.

3.6. De verwerende partij sluit zich aan bij de motivering en voorstel van het gunningsverslag en beslist op 18 januari 2022 tot gunning van de opdracht aan de nv De Brandt voor een bedrag van 760.824,88 euro, btw niet inbegrepen. Het gunningsverslag is als bijlage bij deze beslissing gevoegd en maakt er integraal deel van uit.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkost

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

V. Voorwerp van het beroep

5. In het voorwerp van haar vordering vraagt de verzoekende partij enkel de schorsing van de tenuitvoerlegging van het besluit waarbij de opdracht wordt gegund aan de nv De Brandt.

Zoals de verzoekende partij ook bevestigt ter terechtzitting streeft zij met haar verzoekschrift niet de schorsing na van de impliciete weigering om haar de opdracht te gunnen, zodat dit niet het voorwerp uitmaakt van onderhavige procedure. De exceptie die de verwerende partij daaromtrent opwerpt is niet relevant.

VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

6. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 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’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VII. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

7. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 81, 83 en 84 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachtenwet 2016), artikel 5 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’ (hierna: rechtsbeschermingswet), de artikelen 35, 36 en 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), het mededingingsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het materiële motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel, en uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag.

De verzoekende partij doet in essentie gelden dat de beoordeling van de gegeven prijsverantwoording ondeugdelijk is: de betrokken overheidsopdracht wordt gegund aan een inschrijver wiens offerte aan een prijsonderzoek werd onderworpen wegens grote afwijking van de prijzen ten aanzien van het gemiddelde totale offertebedrag, waarbij in de bestreden beslissing ten onrechte werd besloten dat er geen abnormale prijzen voorliggen.

7.1. De verzoekende partij licht toe dat de offerteprijs van de nv De Brandt “maar liefst 40,48 % onder het gewogen gemiddelde” ligt, reden waarom de verwerende partij een prijsverantwoording heeft gevraagd. Zij stelt dat uit het gunningsverslag geen zorgvuldige beoordeling blijkt van de door nv De Brandt opgegeven prijsverantwoording, specifiek voor de post 46. Enkel de marktconformiteit van de marge die de nv De Brandt op de offerte van de onderaannemer/leverancier toepast voor algemene kosten en winst, doch niet de marktconformiteit van de bijgebrachte offerte van de onderaannemer zelf werd onderzocht. Er wordt immers louter verwezen naar een offerte van een onderaannemer/leverancier, terwijl zulks op zichzelf onvoldoende is, aangezien hiermee nog steeds niet wordt aangegeven welke concrete en objectieve factoren de als abnormaal beschouwde prijs juist rechtvaardigen. De verwerende partij had ook een eigen onderzoek moeten doen naar de prijs van de opgegeven onderaannemer.

“Voor de volledigheid” wijst zij erop dat de betrokken post 46 geen geringe of verwaarloosbare post is, wat blijkt uit het feit dat de aanbestedende overheid prijsverantwoording heeft gevraagd voor deze post en uit de vermelding in het gunningsverslag dat de bevroegde eenheidsprijzen “dermate significant” zijn binnen het totale offertebedrag.

7.2. Naast de onzorgvuldige beoordeling van de prijsverantwoording voor de post 46 betwist de verzoekende partij dat ook de beoordeling van de totale offerteprijs naar behoren is gebeurd. Hierbij benadrukt zij dat het niet beoordelen van de eenheidsprijzen als abnormaal niet *ipso facto* met zich brengt dat het wettelijk vermoeden van abnormaliteit van de totaalprijs niet anders dan als weerlegd zou kunnen worden beschouwd. Zij stelt vast dat de aanbestedende overheid de totale offerteprijs enkel beoordeeld heeft aan de hand van de ervaring van de nv De Brandt in het kader van voorgaande opdrachten en het materieel dat laatstgenoemde ter beschikking heeft, dit met uitsluiting van enig cijfermatig nazicht. Zij betwist evenwel dat die elementen enkel zouden gelden voor de gekozen inschrijver en wijst erop dat vier van de vijf gespecialiseerde inschrijvers, die allen eveneens jarenlange ervaring bezitten en over het noodzakelijke materieel beschikken om een opdracht inzake waterlooponderhoud en dringende interventies te volbrengen, offerteprijzen hebben opgegeven die zéér dicht bij elkaar liggen

(gaande van 1,1 tot 1,3 miljoen euro), terwijl de nv De Brandt een prijs opgeeft “die maar liefst 40% onder het gemiddelde ligt”.

Bovendien, zo vervolgt zij, dient een inschrijver concreet aan te geven tot welk prijsvoordeel de z gezegde (jarenlange) ervaring en expertise leidt, wat vervolgens ook moet blijken uit de beoordeling van de prijsverantwoording door de aanbestedende overheid en wat te dezen niet blijkt.

8. De verwerende partij antwoordt in haar nota, onder meer, dat de motieven opgenomen in het gunningsverslag in overeenstemming zijn met de stukken uit het administratief dossier zodat er geen schending van de motiveringsplicht voorligt.

8.1. Wat de prijsverantwoording van de post 46 betreft, heeft de nv De Brandt de samenstelling van haar eenheidsprijs toegelicht aan de hand van de offerte van de staalproducent van de buispaal en de daarop berekende toeslag. Uit het nazicht van die offerte van de staalproducent en de berekening van de marge blijkt niet dat die prijs een abnormaal karakter heeft, zodat de verwerende partij dan ook geheel terecht de prijsverantwoording heeft aanvaard.

8.2. Wat de prijsverantwoording van de totale offerteprijs betreft, blijkt volgens de verwerende partij uit de beoordeling in het gunningsverslag dat zij rekening heeft gehouden met een combinatie van verscheidene elementen. Zo wordt verwezen naar de specifieke ervaring van de nv De Brandt inzake de uitvoering van onderhoudswerken. Hierbij neemt de verwerende partij in overweging dat de nv De Brandt reeds eerder meerdere malen het onderhoudscontract heeft uitgevoerd waardoor zij een concrete nacalculatie en zeer goede inschatting kan maken. Het is volgens haar geheel gerechtvaardigd om met de specifieke ervaring uit reeds eerder uitgevoerde opdrachten rekening te houden. Daarnaast wordt niet enkel rekening gehouden met de specifieke ervaring van de nv De Brandt inzake de uitvoering van onderhoudswerken maar ook met het feit dat zij beschikt over een grote basis aan onderhoudsploegen, materieel en varend materieel, hetgeen aldus een gunstige weerslag op de prijszetting heeft. Voorts wordt verwezen naar de prijsverantwoording gegeven voor de eenheidsprijzen, waaruit blijkt dat er geen significante elementen zijn die wijzen

op een abnormale prijs, en de omstandigheid dat de bevroegde eenheidsprijzen “dermate significant zijn binnen het totale offertebedrag, dat het lage totale offertebedrag effectief door de lage eenheidsprijzen verantwoord wordt”. Ten slotte wordt nog verwezen naar de schriftelijke verantwoording voor de eerbiediging van de toepasselijke regels inzake milieu-, sociaal en arbeidsrecht.

Volgens de verwerende partij gaat de verzoekende partij in haar kritieken eraan voorbij dat het de combinatie is van deze beoordelingselementen die de verwerende partij hebben doen besluiten dat er in hoofde van de nv De Brandt geen abnormaal lage totaalprijs voorligt. Het opsplitsen van de beoordelingselementen om van daaruit de beoordeling te bekritisieren, is in strijd met de uitdrukkelijke motivering in het gunningsverslag.

De verwerende partij benadrukt dat zij niet louter in aanmerking heeft genomen dat uit de prijsverantwoording voor de afzonderlijke posten geen abnormale prijzen bleken, maar ook onderzocht heeft of het aandeel van de bevroegde posten voldoende groot was om daaruit een besluit te kunnen trekken aangaande het totale offertebedrag, wat te dezen het geval was. Anders dan de verzoekende partij stelt is het bijgevolg niet zo dat uit de beoordeling dat de eenheidsprijzen niet abnormaal zijn automatisch zou zijn gevolgd dat het totale offertebedrag ook niet abnormaal is. Voorts stelt zij nog dat uit de prijsverantwoording voor de afzonderlijke posten blijkt dat de eenheidsprijzen en het kortingspercentage worden verantwoord aan de hand van de kostprijs van de ter beschikking staande arbeiders, materiaal en materieel, zodat dit ook gekwantificeerd wordt.

9. In haar verzoekschrift tot tussenkomst wijst de tussenkomende partij op de discretionaire beoordelingsbevoegdheid van de verwerende partij om te beoordelen of de gegeven verantwoording voldoende is, te meer nu de regelgeving niet definieert wat onder een “abnormale prijs” zou moeten worden verstaan.

9.1. Volgens haar blijkt uit het gunningsverslag wel dat de verwerende partij, wat post 46 betreft, de eenheidsprijs van de leverancier heeft beoordeeld en vastgesteld dat deze marktconform is. Dat dit niet correct is en die

prijs niet marktconform zou zijn, wordt door de verzoekende partij niet concreet aangetoond, maar louter vermoed.

Voorts betwist de tussenkomende partij uitvoerig dat de kwestieuze post een niet-verwaarloosbare post zou zijn. Uit het feit dat de aanbestedende overheid er niet toe gehouden is om verantwoordingen te vragen voor prijzen voor verwaarloosbare posten, volgt niet automatisch dat wanneer een prijsverantwoording wordt gevraagd voor een bepaalde post, deze post per definitie niet verwaarloosbaar is. Ook het motief dat “de bevraagde eenheidsprijzen, die hierboven besproken worden, [...] dermate significant zijn binnen het totale offertebedrag, dat het lage totale offertebedrag effectief ook door deze lage eenheidsprijzen verantwoord wordt” doet niet noodzakelijk besluiten dat de hier besproken post 46 op zich niet-verwaarloosbaar geacht moet worden. Er bestaat geen algemeen bruikbare definitie van wat verwaarloosbaar is en wat niet: dit moet bekeken worden in functie van de betreffende opdracht. Volgens de samenvattende opmetingsstaat gaat het om een van de in totaal 570 posten, in een van de vijf hoofdstukken. De door haar opgegeven eenheidsprijs voor deze post vertegenwoordigt slechts een beperkt bedrag op haar totale offerteprijs van 760.824,88 euro, zodat hieruit niet anders kan worden afgeleid dan dat deze post een verwaarloosbare post is. De verzoekende partij toont bijgevolg haar belang bij de ontbrekende verantwoording voor deze post niet aan, aangezien zij de motivering voor de andere posten niet bekritiseert, noch erin slaagt aan te tonen dat het totale offertebedrag onterecht als normaal werd aanvaard.

9.2. Anders dan wat de verzoekende partij meent, is het niet zo dat de verwerende partij zou hebben besloten tot de regelmatigheid van het totale offertebedrag, enkel en alleen omdat de eenheidsprijzen niet abnormaal bevonden werden. Het oordeel dat de verantwoorde lage eenheidsprijzen ook het lage totale offertebedrag verantwoorden, is één van de beoordelingselementen. De tussenkomende partij benadrukt dat de verwerende partij deze elementen ook tegenover haar eigen kennis en ervaring met de tussenkomende partij legt en daarbij oordeelde dat “[h]et [...] correct [is] dat De Brandt nv reeds meermaals de opdracht ‘Onderhoud & Dringende Interventies’ heeft uitgevoerd, waardoor deze inschrijver op basis van concrete nacalculatie een zeer goede inschatting kan maken van rendementen, kostprijs, timing, werklast, ... Alle aangehaalde

elementen zijn aannemelijk en kunnen zeker een voordeel opleveren”. Anders dan de verzoekende partij betoogt, verwijst de verwerende partij wel degelijk naar dezelfde werken – de opdracht ‘Onderhoud & Dringende Interventies’ – die eerder al aan de tussenkommende partij werden gegund, zodat zij evident vergelijkbaar zijn. Daarenboven beperkt de verzoekende partij zich tot de bewering dat alle door de tussenkommende partij ingeroepen “gunstige omstandigheden” ook voor de andere inschrijvers zouden gelden, nu dit allemaal gespecialiseerde bedrijven zijn met de nodige ervaring en het nodige materieel, zonder dat zij concreet aantoonst dat zij eveneens “een grote basis aan onderhoudsploegen met atelierwagens heeft die ingevolge hun ervaring snel en efficiënt kunnen handelen”, “bijna al het materieel dat nodig is voor uitvoering van de werken zelf ter beschikking heeft en hiervoor dus geen beroep moet doen op derden”, en “beschikt over voldoende pontons, zelfvarende kraanpontons en duwbotten om ten allen tijde oplossingen te kunnen bieden voor calamiteiten”. De verzoekende partij stelt alleen dat zij de jaren voordat de tussenkommende partij de onderhoudscontracten kon binnenhalen, de opdracht gegund heeft gekregen, zonder te specificeren over welke jaren dit gaat, zodat de relevantie van dit verweer niet nagekeken kan worden.

Beoordeling

Vooraf

10. Artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt:

“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 bepaalt:

“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 hetzelfde koninklijk besluit bepaalt:

“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 dit koninklijk besluit bepaalt voorts:

“§ 1. Indien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, voert de aanbestedende overheid een bevraging van deze laatste uit. [...]

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

De verantwoording houdt met name verband met :

1° de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;

2° de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten;

3° de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;

4° de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver.

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. [...]

§ 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. [...].”

Een aanbestedende overheid beschikt in beginsel bij het voeren van een prijsonderzoek over een aanzienlijke beoordelingsruimte. Het komt niet aan de Raad van State toe om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van deze van de aanbestedende overheid. In de uitoefening van het hem opgedragen rechtmatigheidstoezicht kan de Raad van State desgevraagd wel nagaan of de beoordeling door de overheid berust op voldoende veruitwendigde en in feite en in rechte draagkrachtige motieven, of die motieven na een zorgvuldig onderzoek van het dossier tot stand zijn gekomen, en of de overheid de perken van haar beoordelingsruimte niet te buiten is gegaan.

Ook niet-cijfermatige gegevens kunnen een prijsverantwoording uitmaken, des te meer indien een prijsverantwoording werd gevraagd voor de totaalprijs.

Eenheidsprijzen

11. Te dezen blijkt uit de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, die de Raad van State bij zijn beoordeling vermag te betrekken, in het bijzonder de ‘Analyse der prijzen van de voorliggende opdracht’ dat de verwerende partij de door de inschrijvers ingediende eenheidsprijzen van alle posten heeft vergeleken met de geraamde eenheidsprijs en met de gemiddelde prijs van alle offertes, en waarbij zij ook het gewicht van elk van die posten ten opzichte van het gemiddelde totaalbedrag van alle offertes heeft berekend. Op grond van die analyse lijkt zij vervolgens te hebben beslist om aan de nv De Brandt een prijsverantwoording te vragen voor de eenheidsprijzen van de hiervoor vermelde zes posten.

Voorts blijkt dat de gekozen inschrijver in zijn prijsverantwoording, wat post 46 betreft, verwijst naar een “offerte” van een

staalproducent als bijlage, vermenigvuldigd met een marge “AK+W+V&G”. Blijkens deze bijlage betreft dit een prijs die door deze producent werd meegedeeld in het kader van de “aanbesteding onderhoudswerken [S]chelde van de Durme tot de Nederlandse grens”.

In het gunningsverslag wordt besloten dat deze marge marktconform is en dat de inschatting van de eenheidsprijs correct is.

12. Op het eerste gezicht lijkt aldus de prijs van de leverancier, waarop de prijsverantwoording wordt gesteund, niet gestaafd te zijn. Met de loutere mededeling van die prijs, overigens in het kader van een andere opdracht dan deze die thans in het geding is, lijkt de schijn van abnormaliteit die over de betrokken prijs hangt, op die wijze niet te zijn weggenomen.

In het verslag aan de Koning bij artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 wordt immers “aangestipt dat een inschrijver zich niet eenvoudigweg kan beroepen op de met een winstmarge verhoogde prijs van een onderaannemer om zijn prijs uit te leggen. In dit geval is verdere informatie over de prijs van de onderaannemer vereist”.

In tegenstelling tot wat de verwerende partij en de tussenkomende partij in de nota met opmerkingen, respectievelijk het verzoekschrift tot tussenkomst beweren, wordt in het gunningsverslag overigens enkel uitdrukkelijk vermeld dat de marge “voor algemene kosten en winst” marktconform is. Dat de winstmarge marktconform is, lijkt evenwel op het eerste gezicht niet met zich te brengen dat ook de prijs waarop die marge wordt toegepast, niet abnormaal is.

Aldus lijkt de verzoekende partij op het eerste gezicht aannemelijk te maken dat de verwerende partij de prijs opgegeven in de “offerte” van de leverancier niet zorgvuldig heeft onderzocht.

13. Voor zover de verwerende partij een vertrouwelijk stuk ‘Uittreksel prijzendatabank Mediaan mbt post 46’ bijvoegt, zonder nadere uitleg, waaruit zij lijkt af te leiden dat de voorgestelde prijs hoger is dan de minimumprijs

die in die databank wordt aangegeven, lijkt op het eerste gezicht dat dit *post factum* opgesteld uittreksel niet voorafgaand aan het nemen van de gunningsbeslissing bij de beoordeling werd betrokken. Bijgevolg kan uit dit stuk niet worden afgeleid dat de verwerende partij wel een zorgvuldig onderzoek van de eenheidsprijzen zou hebben verricht. Bovendien kan uit de weergave uit die prijzendatabank niet onmiddellijk worden afgeleid waarom de voorgestelde prijs van de gekozen inschrijver voor de betrokken post als normaal zou moeten worden beschouwd. Zo rijst onder meer de vraag waarom de minimumprijs en niet de mediaanprijs of de gemiddelde prijs van de in die prijzendatabank opgenomen prijzen voor die post relevant is als vergelijkingspunt.

14. De tussenkomende partij voert aan dat post 46 een verwaarloosbare post is.

Dit verweer, dat overigens niet door de verwerende partij wordt gevoerd, lijkt op het eerste gezicht in te gaan tegen de beslissing van deze laatste om de eenheidsprijzen van de betrokken zes posten, waaronder de bekritiseerde, te bevragen, alsook tegen de stelling in het gunningsverslag dat de bevroegde eenheidsprijzen “significant [zijn] binnen het totale offertebedrag”. Het standpunt van de tussenkomende partij zou overigens de Raad uitnodigen om deze beoordeling die in de eerste plaats aan de verwerende partij toekomt, over te doen.

Totaalprijs

15. Uit het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij heeft beslist om aan de nv De Brandt een prijsverantwoording te vragen voor het totale offertebedrag omdat dit meer dan 15 % onder het gemiddelde totale offertebedrag ligt.

In het gunningsverslag worden alle door de gekozen inschrijver aangehaalde elementen ter verantwoording van het totale offertebedrag aanvaard, en wordt vervolgens gesteld:

“Door de combinatie met de bovenstaande verantwoording van de eenheidsprijzen, waaruit meer concreet blijkt dat er geen significante

elementen zijn die wijzen op abnormale prijsvorming in de offerte, komt de aanbestedende overheid tot het oordeel dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont. De bevroagde eenheidsprijzen, die hierboven besproken worden, zijn immers dermate significant binnen het totale offertebedrag, dat het lage totale offertebedrag effectief ook door deze lage eenheidsprijzen verantwoord wordt”.

Alleen reeds gelet op deze overweging en hetgeen hoger is gesteld omtrent de aanvaarding van de prijsverantwoording van de eenheidsprijzen voor post 46, lijkt ook de motivering om de verantwoording van de totale offerteprijs van de gekozen inschrijver te aanvaarden op het eerste gezicht niet deugdelijk.

Bovendien lijkt de verzoekende partij op het eerste gezicht terecht te betwisten dat de in aanmerking genomen ervaring van de nv De Brandt in het kader van voorgaande opdrachten en het materieel dat laatstgenoemde ter beschikking heeft, enkel zouden gelden voor de gekozen inschrijver. Zij lijkt op het eerste gezicht te overtuigen waar zij stelt dat ook zij in het verleden gelijkaardige werken van de verwerende partij gegund heeft gekregen en uitgevoerd, en het opmerkelijk is dat de vier andere gespecialiseerde inschrijvers, die allen eveneens jarenlange ervaring kunnen doen gelden en over al het noodzakelijke materieel beschikken om een opdracht inzake waterlooponderhoud en dringende interventies te volbrengen, offerteprijzen hebben opgegeven die zéér dicht bij elkaar liggen, terwijl de gekozen inschrijver een prijs opgeeft “die maar liefst 40% onder het gemiddelde ligt”.

Besluit

16. Uit wat voorafgaat, lijkt op het eerste gezicht te volgen dat de verwerende partij niet met de vereiste zorgvuldigheid tot een onderzoek van de prijsverantwoording van post 46 en van de totaalprijs van de offerte van de gekozen inschrijver, is overgegaan; dat bijgevolg de motivering om te besluiten tot de normaliteit van die prijzen, niet deugdelijk lijkt.

17. Het enig middel is in de besproken mate ernstig.

VIII. Kosten

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

BESLISSING

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

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de nv De Vlaamse Waterweg van 18 januari 2022 waarbij de opdracht ‘Onderhoud vanop het water en dringende interventies – Afdeling Regio Centraal – district 2’ wordt gegund aan de nv De Brandt.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van één maart tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere, staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door

Greta Scheveneels, griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Patricia De Somere