

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

**VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER
A R R E S T**

**nr. 253.218 van 15 maart 2022
in de zaak A. 235.712/XII-9189**

In zake:

1. de NV HYE
2. de BV BOSKALIS NEDERLAND
samen vormend een tm
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 Steven Van Geeteruyen en Laura Kempeneers
kantoor houdend te 3700 Tongeren
Pieelpoel 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV HERBOSCH-KIERE
2. de NV HENS
samen vormende een tm
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marco Schoups, Kris Lemmens en Ellen Gerits
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 17 februari 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van De Vlaamse Waterweg zonder datum, genotificeerd met een schrijven van 3 februari 2022, waarbij de offerte van [de tijdelijke maatschap van de nv Hye

en de bv Boskalis Nederland] onregelmatig wordt verklaard en de aannemingsovereenkomst van werken voor ‘Schelde-Rijnverbinding: Aanleg van een wachtdok te Zandvliet’ volgens het bestek nr. ARO-21-9101, wordt toegewezen aan TM Herbosch-Kiere – Hens”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 28 februari 2022 hebben de nv Herbosch-Kiere en de nv Hens, samen vormend een tm, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 maart 2022, om 14.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Peter Flamey en Evi Mees, die verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaat Laura Kempeneers, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Sophie Bleux en Kris Lemmens, die verschijnen voor de tussenkomende partijen, 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor werken met als voorwerp “Schelde-Rijnverbinding: Aanleg van een wachtdok te Zandvliet”. Het bestek nr. ARO-21-9101 is van toepassing.

De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure. De prijs is het enig gunningscriterium. De opdracht is opgedeeld in een vast en twee voorwaardelijke gedeelten. De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.2. Vijf ondernemingen dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partijen met een offerteprijs van 17.984.618,94 euro, btw niet inbegrepen, en de tijdelijke maatschap van de nv Herbosch-Kiere en de nv Hens met een offerteprijs van 18.938.294,56 euro, btw niet inbegrepen.

3.3. Op 2 december 2021 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partijen overeenkomstig artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) om een prijsverantwoording in te dienen voor een aantal posten, namelijk voor de posten 1, 2, 3, 4 en 8 van het voorwaardelijk gedeelte 1 en voor de posten 9, 10 en 33 van het voorwaardelijk gedeelte 2.

Op 12 december 2021 delen de verzoekende partijen hun prijsverantwoording mee.

De verwerende partij vraagt de verzoekende partijen op 15 december 2021 om een bijkomende prijsverantwoording voor één bepaald kostenonderdeel in de prijsopbouw van de posten 2 en 3 van het voorwaardelijk gedeelte 1. De kwestieuze posten betreffen “de uitgraving met verwijdering voor gebruik buiten de werf of voor afvoer naar een TOP [tussentijdse opslagplaats] volgens 4-2.1.2.2, plaatselijke uitvoering”. Het bevraagde kostenonderdeel betreft de negatieve prijs van 4,00 euro/m³ in post 2 en 5,00 euro/m³ in post 3 voor de afzet van gronden in Rotterdam. Volgens de verwerende partij werd dit “cruciaal element [...] niet verder [...] onderbouwd” en vraagt zij “de bewijsstukken aan te leveren, waaruit blijkt dat deze prijzen marktconform zijn”.

De verzoekende partijen dienen hieromtrent een bijkomende prijsverantwoording in op 19 december 2021.

De verzoekende partijen dienen ongevraagd nog een bijkomende prijsverantwoording in op 18 januari 2022.

3.4. Op 22 december 2021 wordt het gunningverslag opgesteld. De verwerende partij heeft enkel rekening gehouden met de eerste twee prijsverantwoordingen. In dit verslag is de volgende beoordeling over de prijsverantwoording van de verzoekende partijen opgenomen:

“Beoordeling van de prijsverantwoording van de laagste inschrijver

Posten voor grondwerk:

De grondwerken zouden uitgevoerd worden door Boskalis, lid van de tijdelijke maatschap Hye-Boskalis. De prijsverantwoording van Boskalis is erg gedetailleerd. Alle eenheidsprijzen voor de posten zijn opgedeeld in onderdelen, die op hun beurt duidelijk de uurtarieven en de beoogde rendementen weergeven. De samenstellende onderdelen zijn allemaal duidelijk weldoordacht. De rendementen liggen hoog, maar dat kan bij dit grootschalige werk. De uurtarieven lijken aanvaardbaar. Cruciaal element in de prijsopbouw is de negatieve prijs van 4 EUR/m³ (post 2) en 5 EUR/m³ (post 3) voor afzet van de grond in Rotterdam.

Middels een bijkomende vraag heeft de aanbestedende overheid aan de TM Hye Boskalis gevraagd de bewijsstukken voor te leggen, waaruit moet blijken dat deze prijs marktconform is.

De TM Hye Boskalis heeft geantwoord: ‘Boskalis is de grootste leverancier van zand op de Nederlandse markt en wint en verkoopt jaarlijks via haar zandhandel tussen de 3 en 5 miljoen m³ zand (2021: 4.2 mio m³, incl. deelnemingen). Daarnaast levert Boskalis zand aan de eigen projecten. De zandleverantie aan eigen projecten (2021: 4.1 mio m) fluctueert vanzelfsprekend over de jaren in enige mate, afhankelijk van het projectvolume in de orderportefeuille. Het zand dat vrijkomt bij het baggeren van het wachtdok willen wij bij voorkeur toepassen in een eigen project. Gezien de uitvoeringsperiode van de werken in Zandvliet kunnen wij nu nog niet aangeven welk project hiervoor in aanmerking komt. Dit is afhankelijk van de uitvoeringsperiode van de werken in Zandvliet in combinatie met de projecten die wij op dat moment in uitvoering hebben.

Wij hebben de waarde van het zand ingeschat op basis van het door OG aangeleverde grondonderzoek. Een voorbeeld van een leverantiecontract aan een project is als bijlage toegevoegd. Hierbij heeft het project Maasbaggeren zand geleverd ten behoeve van het dempen van de Rijnhaven. De verkoopprijs op dat project bedroeg Euro 6,50 per beun-m³. Hierbij dient opgemerkt te worden dat voor dit zand een korreldiameter $\geq$

250 µm vereist was. Voor het zand uit Zandvliet verwachten wij een mindere kwaliteit (lemig zand: kleinere en meer [wisselende] korreldiameter) waardoor wij de waarde naar beneden hebben bijgesteld.’

Het bijgevoegde leverantiecontract, dat bij wijze van voorbeeld werd meegestuurd, handelt over de verkoop van een partij van 80.000m³ maaszand. De waarde ervan wordt bepaald op 6,5 EUR/m³. Voor het project te Zandvliet gaat het om bijna 300.000 m³ en werd deze prijs omwille van ‘een mindere kwaliteit... naar beneden ... bijgesteld.’ Naar 4,00 resp 5,00 EUR voor grond afkomstig uit de paaiplaats enerzijds en uit het dok anderzijds, zonder verdere detaillering of argumentatie.

De inschrijver stelt dat deze prijs werd bepaald ‘op basis van het door opdrachtgever aangeleverde grondonderzoek’ en dus expliciet niet op basis van ‘eigen boringen en bevindingen’ wat nochtans in het bestek vereist wordt. Het bestek ste[l]t bovendien [dat] ‘het grondmechanisch onderzoek tot doel had om de in de rapporten genoemde grondmechanische karakteristieken te onderzoeken en dat bijgevolg de aanbestedende overheid geen enkele waarborg geeft over interpretaties voor andere grondmechanische problemen’.

De aanbestedende overheid kan op basis van de aangeleverde elementen niet besluiten dat het vermoeden van abnormale prijs wordt weerlegd voor de posten 2 en 3 uit het voorwaardelijk deel 1.

Voor post 8 lijken de voorgestelde prijsonderdelen en rendementen goed onderbouwd en aanvaardbaar. De voorziene hoeveelheid is ook hoog, en correct, waardoor speculatie niet gevreesd moet worden.

Voor de drie posten uit het voorwaardelijk gedeelte 2 heeft TM Hye-Boskalis prijsverantwoording gegeven. Voor deze posten werd uitvoerig omschreven en onderbouwd wat er allemaal in de prijzen inbegrepen werd. Deze verantwoording is aanvaardbaar en leidt tot het besluit dat vrees voor speculatie niet gegrond is.

Advies ATO

De aanbestedende overheid heeft het dossier aan de ATO voorgelegd voor prijstechnisch advies op 20-12-2021. De ATO heeft in haar antwoord van 22-12-2021 bevestigd dat: ‘de verantwoording van de posten 2 en 3 onvoldoende onderbouwd is om het vermoeden van abnormale prijsvorming te weerleggen. Bijgevolg adviseert ATO om de offerte van de TM Hye □ Boskalis op prijstechnisch vlak als onregelmatig te beschouwen. (...)

Besluit met betrekking tot de laagste inschrijver

Ondanks herhaalde vraag geeft de inschrijver geen inzicht in cruciale elementen van de prijsopbouw van de eenheidsprijzen voor 2 zeer belangrijke posten uit de opdracht. Het gaat om eenheidsprijzen die zeer fel afwijken van de gemiddelde eenheidsprijs voor deze posten, en die zeer fel afwijken van de raming. De aanbestedende overheid kan op basis van de aangeleverde elementen niet besluiten dat het vermoeden van abnormale prijs wordt weerlegd. Daarom is de offerte van de laagste inschrijver onregelmatig.”

3.5. De verwerende partij gunt de opdracht aan de tm Herbosch-Kiere – Hens. Dit is de bestreden beslissing.

De verzoekende partijen worden op 3 februari 2022 ervan in kennis gesteld dat hun offerte onregelmatig is bevonden. Zij krijgen de motieven van die beslissing in de vorm van een uittreksel uit het gunningsverslag. De gemotiveerde gunningsbeslissing wordt tevens als bijlage gevoegd.

IV. Tussenkomst

4. De nv Herbosch-Kiere en de nv Hens, samen vormend een tm, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Hun verzoek tot tussenkomst wordt ingewilligd.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. 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.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partijen voeren de schending aan van de artikelen 81, 83 en 84 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, 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’, de artikelen 35, 36 en 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 “geïnterpreteerd conform artikel 69 van de Europese richtlijn 2014/24/EU”, artikel 35 van de opdrachtdocumenten, het *patere-legem-quam-ipse-fecistibeginsel*, het mededingingsbeginsel, het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers, het materieelmotiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel. Zij menen dat het prijsonderzoek niet rechtsgeldig is verlopen.

Hun middel bestaat uit vijf onderdelen die bij de hiernavolgende beoordeling worden uiteengezet.

Beoordeling

7. In beginsel beschikt een aanbestedende overheid bij het voeren van een prijsonderzoek, zoals bij het detecteren van abnormaal lijkende prijzen of het beoordelen van de gegeven prijsverantwoording, 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.

7.1. In een eerste middelonderdeel betogen de verzoekende partijen dat de verwerende partij op onzorgvuldige wijze de criteria voor de selectie van de abnormaal laag lijkende prijzen heeft opgesteld. Die criteria moeten immers “de

gelijke behandeling van de inschrijvers waarborgen, de nodige transparantie bieden en relevant zijn”. Zij stellen vast dat te dezen die selectie werd gekoppeld aan het al dan niet “fel” overschrijden of afwijken van een kwantitatief percentage van 1 % van de totale contractwaarde. Een dergelijke selectie is volgens hen echter niet voldoende om te vermijden dat een eventueel abnormaal lijkende prijs onder de radar blijft en heeft bovendien tot gevolg dat een andere drempel per inschrijver wordt toegepast, wat klemmt met de gelijkheid. Bijgevolg sluiten zij niet uit dat er prijzen niet gedetecteerd zijn gebleven in de offerte van de gekozen inschrijvers of van de andere inschrijvers. Het is volgens de verzoekende partijen overigens een raadsel hoe de verwerende partij heeft vastgesteld dat er in de offerte van de gekozen inschrijvers geen abnormaal lijkende prijzen werden geïdentificeerd.

Het middelonderdeel wordt niet bijgevalen om de volgende redenen.

7.1.1. Het uittreksel uit het gunningsverslag, waarin wordt gemotiveerd waarom de offerte van de verzoekende partijen onregelmatig werd bevonden, bevat onder meer het volgende:

De aanbestedende overheid ging over tot een prijsonderzoek van de ingediende offertes overeenkomstig artikel 35-37 KB Plaatsing.

Het offertebedrag van de laagste inschrijver, TM Hye - Boskalis, ligt 10,38 % lager dan het rekenkundig gemiddelde van de ingediende offertes, en 1,01 % lager dan de raming.

Nazicht van de laagste offerte leert:

- In het vast gedeelte van de opdracht zitten geen posten met een belang van meer dan 1% van de totale contractwaarde, en die tegelijk fel afwijken van de gemiddelde eenheidsprijs op de betreffende post.

- In het voorwaardelijk gedeelte 1 van de opdracht zitten verscheidene posten met een gewicht van meer dan 1% van de totale contractwaarde (of toch waar de gemiddelde inschrijvingsprijs voor deze post meer dan 1% van de totale contractwaarde van de gemiddelde offerte betreft) én die tegelijk fel afwijken van de gemiddelde eenheidsprijs op de betreffende post.

- In het voorwaardelijk gedeelte 2 van de opdracht zitten verscheidene posten met een gewicht van meer dan 1% van de totale contractwaarde én die tegelijk fel afwijken van de gemiddelde eenheidsprijs op de betreffende post.

In haar nota licht de verwerende partij toe hoe zij het prijsonderzoek *in concreto* heeft gevoerd.

In een eerste stap stelt zij dat zij heeft nagegaan welke posten “speciale aandacht” verdienen in het kader van het algemeen prijsonderzoek. Hierbij heeft zij een 1 %-drempel gehanteerd, die als volgt is uitgewerkt:

“Om de 1 %-drempel te bepalen, werd [...] het gewicht van het getrimd gemiddelde van de eenheidsprijzen voor de betrokken post (welk gemiddelde berekend werd door de hoogste en de laagste eenheidsprijs niet mee te tellen) geplaatst t.o.v. het getrimd gemiddelde van de totale offerteprijzen (dat berekend werd door de hoogste en de laagste totale offerteprijs niet mee te rekenen). Vervolgens werd op basis hiervan nagekeken welke posten een belang/gewicht hadden van meer dan 1%. Bij deze posten werd vervolgens nagegaan of de eenheidsprijs van de onderzochte inschrijver al dan niet fel afweek van het getrimd gemiddelde van de eenheidsprijzen voor de betrokken posten”.

Na toepassing van dit mathematisch criterium volgde nog een identificatie van de posten die cruciaal of essentieel zijn voor de uitvoering van de opdracht. Op die manier werden de posten geselecteerd die “speciale aandacht” verdienden.

In een tweede stap heeft de verwerende partij onderzocht welke van die posten een abnormaal lijkende prijs vertoonden. Daarbij heeft zij de eenheidsprijzen van de verschillende inschrijvers vergeleken met elkaar en met de gemiddelde eenheidsprijzen. Daarna heeft de verwerende partij vergeleken wat het gewicht van de eenheidsprijs is binnen de gecontroleerde offerte en heeft zij dit gewicht vervolgens vergeleken met het gewicht van de getrimde gemiddelde eenheidsprijs binnen de getrimde gemiddelde totaalprijs. Ten slotte heeft de verwerende partij nagegaan of de prijzen die in aanmerking werden genomen naar aanleiding van het voorgaande, effectief een abnormaal lijkend karakter vertonen indien deze binnen hun specifieke postengroep worden bekeken.

Uit het administratief dossier, met inbegrip van de vertrouwelijk neergelegde stukken die de Raad van State bij zijn beoordeling mag betrekken, blijkt niet dat de verwerende partij anders heeft gehandeld dan uiteengezet in haar nota.

7.1.2. Het middelonderdeel gaat ervan uit dat de verwerende partij zich heeft beperkt tot het hanteren van een 1 %-regel die wordt berekend aan de hand van het totale bedrag van de individuele offerte.

Te dezen heeft de verwerende partij zich niet beperkt tot de aanwending van een 1 %-drempel om een schijnbaar abnormale prijs te detecteren maar werden eveneens andere parameters gebruikt, zoals dat blijkt uit de vertrouwelijk neergelegde stukken in verband met het prijsonderzoek van het administratief dossier.

Daarenboven is de gehanteerde 1 %-regel waarbij werd gebruik gemaakt van getrimde gemiddelden, niet te vergelijken met de 1 %-regel in de door de verzoekende partijen bijgebrachte rechtspraak, waarvan de Raad aannam dat de gelijkheid onder de inschrijvers daardoor in het gedrang kwam. In de bedoelde zaken ging het immers om een drempel van 1 % van het individuele offertebedrag (zie arrest nr. 243.217 van 13 december 2018).

7.2. In een tweede middelonderdeel verwijten de verzoekende partijen de verwerende partij dat er geen contradictoir overleg tussen hen heeft plaatsgevonden tijdens de prijscontrole. Zij menen dat de verwerende partij met de aangeleverde verantwoording in essentie geen rekening heeft gehouden en dat deze de door hen aangebrachte elementen ter verantwoording van de prijzen heeft genegeerd. De beoordeling door de verwerende partij dat er geen detaillering of argumentatie zou zijn aangeleverd, kan volgens hen “bezwaarlijk aanzien worden als een poging van de aanbestedende overheid om ‘in overleg’ te treden met een inschrijver in het kader van de beoordeling van de prijsverantwoording”.

De verzoekende partijen benadrukken dat zij “gedaan [hebben] wat de aanbestedende overheid gevraagd heeft, nl. een pertinente verantwoording – die door de aanbestedende overheid zelf als erg gedetailleerd en goed onderbouwd wordt omschreven – [bezorgen] met opgave van de elementen die de prijszetting voor de betrokken posten ondersteunen”. “Verzoekende partijen hebben zelfs getracht om het debat omtrent de prijsverantwoording verder te voeren door op 18 januari 2022 nog bijkomende informatie over te maken [...], maar dat werd genegeerd door de aanbestedende overheid, in strijd met haar verplichting tot contradictoir overleg conform de rechtspraak van het Hof van Justitie”. “Bij dit alles hebben verzoekende partijen ook cijfermatig materiaal aangeleverd [...], op grond waarvan werd aangetoond dat de prijzen voor posten 2 en 3 correct werden vastgesteld, rekening houdend met de ervaring en knowhow

waarover verzoekende partijen beschikken”. “Bijkomend gaat het in casu trouwens om een naakte kostprijs, die bijgevolg moeilijk meer bijkomend gedetailleerd kon worden”. “Het is verzoekende partijen dan ook onduidelijk welke andere gegevens zij hadden moeten aanreiken in het kader van de prijsverantwoording, en de aanbestedende overheid heeft dat ook niet verder toegelicht bij gebreke van daadwerkelijk contradictoir overleg”.

Het middelonderdeel wordt niet bijgevalen om de volgende redenen.

7.2.1. Artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’ dat de grondslag vormt voor de regeling inzake abnormaal lijkende prijzen zoals vervat in de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, luidt:

- “1. De aanbestedende dienst verplicht ondernemers ertoe de in de inschrijving voorgestelde prijs of kosten nader toe te lichten wanneer de inschrijving in verhouding tot de werken, leveringen of diensten abnormaal laag lijkt te zijn.
2. De in lid 1 bedoelde toelichtingen kunnen met name betrekking hebben op: [...]
3. De aanbestedende dienst beoordeelt de verstrekte informatie in overleg met de inschrijver. Hij kan de inschrijving alleen afwijzen wanneer het lage niveau van de aangerekende prijzen of kosten niet genoegzaam wordt gestaafd door het verstrekte bewijsmateriaal, rekening houdend met de in lid 2 bedoelde elementen.
[...].”

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot artikel 55, lid 2, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’ dat overeenstemt met het voormelde artikel 69, lid 3, eerste alinea, van richtlijn 2014/24/EU, in het bijzonder het arrest van het Hof van 29 maart 2012, nr. C-599/10, inzake SAG ELV Slovensko a.s. e.a., lijkt te mogen worden afgeleid dat het “in overleg [treden] met de inschrijver” inhoudt dat een inschrijver in de mogelijkheid moet worden gesteld om de prijzen waarmee hij heeft ingeschreven te verdedigen in het geval

die door de aanbestedende overheid als abnormaal laag lijkend worden aangewezen en dat deze overheid in dialoog met de inschrijver deze laatste de kans moet geven om te bewijzen dat zijn aanbod ernstig is.

7.2.2. Te dezen heeft de verwerende partij bij brief van 2 december 2021 een eerste prijsverantwoording gevraagd waarop de verzoekende partijen op 12 december 2021 hebben geantwoord. De verwerende partij heeft op 15 december 2021 een bijkomende verantwoording gevraagd. De verzoekende partij hebben op 19 december 2021 deze bijkomende verantwoording gegeven.

De feiten tonen op het eerste gezicht aan dat de verwerende partij daadwerkelijk in dialoog is getreden met de verzoekende partijen. De verzoekende partijen hebben tegenspraak kunnen voeren tegen de vaststelling van abnormaal laag lijkende prijzen in hun offerte, waarbij hun om nadere verduidelijkingen werd verzocht waarop zij zijn ingegaan. Hun uitleg werd niet aanvaard door de verwerende partij. Een verplichting tot nog nader “overleg” lijkt niet te kunnen worden afgeleid uit artikel 69, lid 3, eerste alinea, van richtlijn 2014/24/EU noch uit de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Of de prijsverantwoording al dan niet terecht werd geweigerd, maakt geen voorwerp uit van het tweede middelonderdeel maar van het vierde.

7.3. In een derde middelonderdeel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de opdrachtdocumenten, doordat de verwerende partij ten onrechte uit artikel 35 van het bestek afleidt dat die bepaling zou opleggen dat de inschrijver zijn prijzen ook op grond van eigen boringen zou hebben moeten bepalen. “Er staat immers niet geschreven eigen bevindingen én eigen boringen. De aanbestedende overheid [...] [draait] de bewoordingen van het bestek thans om [...] zodat er zagezegd ook eigen boringen hadden moeten uitgevoerd zijn teneinde de prijzen te kunnen bepalen”. Een andere interpretatie zou die besteks bepaling en de reeds door de Afdeling Geotechniek uitgevoerde projectspecifieke grondmechanische boringen, waarvan de resultaten via de website van de DOV (Databank Ondergrond Vlaanderen) kunnen worden geraadpleegd, volgens hen ook zinledig maken. De verzoekende partijen wijzen ook op het in het bestek vermelde milieuhygiënisch bodemonderzoek dat 32 boringen op de kwestieuze

zone betreft en aanvullend is ten opzichte van de GEO-rapporten. Ook betogen zij: “Het is overigens kennelijk onredelijk om van de inschrijvers te verwachten dat zij arbeidsintensieve en dure eigen boringen laten uitvoeren enkel en alleen met het oog op de prijszetting, met verbod op het gebruiken van de reeds voorliggende onderzoeken en boringen, terwijl zij voor alle andere technische aspecten van de opdracht verwacht worden wél kennis te nemen van die onderzoeken en boringen én deze aan te wenden bij de uitvoering” en voegen eraan toe: “De verdraaide lezing van het bestek van de aanbestedende overheid valt ook niet te rijmen met de zeer korte termijn waarover de inschrijvers beschikten om een offerte in te dienen.”

Het middelonderdeel wordt niet bijgevalen om volgende redenen.

7.3.1. De verzoekende partijen voeren in essentie aan dat de verwerende partij ten onrechte in haar bestreden beslissing het bestek interpreteert in de zin dat de inschrijver zijn prijzen uitsluitend bepaalt volgens eigen bevindingen en eigen boringen.

De verzoekende partijen lijken belang te ontberen bij het middelonderdeel. Immers, in de bestreden beslissing waarbij hun offerte wordt geweerd, lijkt het motief waartegen zij zich keren, ondergeschikt en overtuigend.

Het hoofdmotief waarop de verwerende partij steunt, lijkt de vaststelling dat de verzoekende partijen hun negatieve prijzen ad min 4 en min 5 euro, poneren “zonder verdere detaillering of argumentatie”.

Een dit hoofdmotief ondersteunend doch eraan ondergeschikt motief lijkt de overweging in de bestreden beslissing waarbij wordt gesteld dat de verzoekende partijen het bestek niet hebben nageleefd in de mate dat dit zou voorschrijven dat de inschrijver zijn prijs dient te bepalen op grond van eigen boringen en bevindingen.

In de conclusie van de “[b]eoordeling van de prijsverantwoording van de laagste inschrijver” is enkel het aspect betrokken dat de verzoekende partijen “geen inzicht” geven “in cruciale elementen van de

prijsopbouw van de eenheidsprijzen voor 2 zeer belangrijke posten uit de opdracht”.

De verzoekende partijen lijken in dit middelonderdeel hun kritiek te richten op een overtollig motief. De bestreden beslissing lijkt afdoende te kunnen steunen op de vaststelling dat de verzoekende partijen geen afdoende prijsverantwoording geven wegens gebrek aan nadere detaillering of argumentatie van hun negatieve prijzen zonder dit overtollig motief erbij te moeten betrekken. Het feit dat de verzoekende partijen het bestek niet zouden hebben nageleefd, lijkt geen bepalende invloed te hebben op de conclusie dat de gegeven verantwoording diende te worden verworpen wegens gebrek aan afdoende detaillering of argumentatie.

7.4. In een vierde middelonderdeel verwijten de verzoekende partijen de verwerende partij een onzorgvuldig en “kennelijk onredelijk” onderzoek van de prijsverantwoording voor de negatieve prijs van 4 euro/m³ binnen de kwestieuze post 2 en 5 euro/m³ binnen de kwestieuze post 3. Zij betwisten dat hun verantwoording niet gedetailleerd genoeg zou zijn en dat hun prijszetting niet zou zijn gesteund op eigen bevindingen. Zij verwijzen en citeren daartoe uit hun prijsverantwoording, waarbij zij in het bijzonder zouden hebben gewezen op het specifieke productieproces waarmee partner Boskalis werkt.

De verzoekende partijen lichten toe dat zij vier correlaties hebben gemaakt op grond van eigen bevindingen om tot een correcte en marktconforme prijs te komen:

“(1) Boskalis is de grootste leverancier van zand op de Nederlandse markt en wint en verkoopt jaarlijks via haar zandhandel tussen de 3 en 5 miljoen m³ zand, waaruit uiteraard volgt dat Boskalis als zandhandelaar nauwe contacten heeft met de zandafzetmarkt én dat zij beschikt over de nodige kennis en knowhow inzake het afzetten en verhandelen van zandspecie, en bijgevolg perfect in staat is om een concurrentiële doch correcte prijszetting te geven;

(2) Het zand dat vrijkomt bij het baggeren van het wachtdok zal toegepast worden in een eigen project, wat impliceert dat het zand onderdeel zal uitmaken van de totale jaarlijkse winningshoeveelheid van Boskalis voor haar eigen zandbedrijf en vervolgens zal worden doorgeleverd aan eigen

werken en verhandeld op de markt. Het is bijgevolg Boskalis zelf die het zand afneemt;

(3) De waarde van het zand werd ingeschat door de in-house geotechnische specialisten op basis van een interpretatie van de boorbeschrijvingen die onderdeel uitmaakten van het door de aanbestedende overheid aangeleverde grondonderzoek, waarbij correlaties werden gemaakt met de DOV database (zoals voorgeschreven in het bestek) en met de in Nederland publiekelijk beschikbare bronnen (relevante grondboringen en grondonderzoeken en de binnen Boskalis beschikbare kennis van het door Boskalis zelf en door derden lokaal gewonnen zand in de omgeving van het project, geselecteerd op basis van de eigen ervaring en knowhow). Verzoekende partijen toonden hoger reeds aan dat zulks niet in strijd is met het bestek;

(4) Op grond van een eigen inschatting werd zand verwacht van mindere kwaliteit (lemig zand: kleinere en meer [wisselende] korreldiameter) waardoor de waarde naar beneden werd bijgesteld, waarbij die bijstelling uiteraard opnieuw gebeurde op basis van de eigen jarenlange ervaring en knowhow.”

Zij menen dat de kwestieuze prijszettingen niet nog verder mathematisch “*ad infinitum*” hoefden te worden uitgelegd. Zij betogen dat zij verwezen naar cijfermatige voorbeelden en zich baseerden op het feit dat het zand hier van mindere kwaliteit zou zijn. Dit is volgens hen de enige reden waarom niet exact dezelfde prijzen werden toegepast als in de aangeleverde voorbeelden, namelijk het bij de tweede verantwoording aangeleverde leverantiecontract en de op 18 januari 2022 bijgebrachte factuur.

De verzoekende partijen menen ook dat noch de verwerende partij noch het studiebureau ATO rekening hebben gehouden met de “uitzonderlijk gunstige omstandigheden”, namelijk dat Boskalis binnen de Nederlandse markt opereert en dat het zand zou worden afgevoerd naar diens eigen zandhandel in Rotterdam, zodat voorts diende te worden getoetst aan de daar geldende marktprijzen. Zij verwijzen hierbij naar rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie waarin het Hof oordeelde dat de aanbestedende dienst expliciet rekening dient te houden met de kostenniveaus die in andere lidstaten worden gehanteerd en zij dus niet slechts mag toetsen aan nationale of lokale kostenniveaus (zie arrest van 15 mei 2008, nrs. C-147/06, inzake Secap SpA, en C-148/06, inzake Santorso Soc. coop. arl).

De verzoekende partijen benadrukken voorts, met verwijzing naar rechtspraak van het Hof van Justitie (arrest van 10 september 2020, nr. C-367/19, inzake Tax-Fin-Lex d.o.o.) en rechtsleer, dat een nulprijs, die te assimileren is met een negatieve prijs in het kader van het prijsonderzoek, niet automatisch als verdacht mag worden aangemerkt wanneer de betrokken inschrijver concrete elementen aanlevert ter onderbouwing van die prijs waaruit tevens blijkt dat er sprake is van een gelijke wederkerige relatie tussen de aanbestedende overheid en de inschrijver. Te dezen vertaalt de tegenprestatie voor de hoge aanwendingswaarde van het zand voor Boskalis zich in een negatieve prijs voor de betrokken posten zonder dat er daardoor een risico ontstaat op niet-uitvoering of slechte uitvoering van de opdracht.

Wat de afwijking van de raming betreft, wijzen de verzoekende partijen er ook op dat de raming waarschijnlijk werd opgemaakt zonder inachtneming van die bijzondere omstandigheden van Boskalis, gekenmerkt door het feit dat de inschrijver beschikt over een eigen zandbedrijf en in staat is om het ontgraven zand hetzij zelf af te nemen, hetzij te vermarkten, hetzij zelf op te slaan. Zij benadrukken dat zij zich daardoor in een unieke positie bevinden in vergelijking met de andere inschrijvers.

Ten slotte, wat het advies van ATO betreft, stellen zij dat zij uit het gunningsverslag niets kunnen afleiden en zich daarop dus ook niet kunnen verweren.

Het middelonderdeel is niet ernstig om de volgende redenen.

7.4.1. Zoals reeds opgemerkt onder randnummer 7 beschikt een aanbestedende overheid bij het evalueren van de prijsverantwoording over een aanzienlijke beoordelingsruimte. Hierbij is het niet uitgesloten dat de ene aanbestedende overheid een prijsverantwoording aanvaardbaar acht terwijl een andere overheid op even valabele gronden tot een andere oplossing komt. De rol van de Raad van State lijkt, wat dit aspect betreft, beperkt tot het 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.

7.4.2. Ter verantwoording van de posten 2 en 3 van het voorwaardelijk gedeelte 1 wijzen de verzoekende partijen in hun antwoord van 12 december 2021 op de afzet van de grond door gebruik te maken van de veelvuldige eigen projecten van Boskalis. Zij voegen een verantwoording in cijfers toe.

De verwerende partij stelt vast dat met de prijsverantwoording de negatieve prijzen van vier euro in post 2 en vijf euro in post 3 voor afzet van de grond in Rotterdam niet worden onderbouwd.

Na een tweede vraag tot prijsverantwoording trachten de verzoekende partijen in hun tweede verantwoording de normaliteit van hun prijzen aan te tonen door te wijzen op het feit dat Boskalis, als leverancier van zand op de Nederlandse markt, het zand dat vrijkomt bij het baggeren van het wachtdok zal inzetten voor een eigen project. Zij maken een schatting van de prijs van het zand op grond van de beweerde kwaliteit ervan en na vergelijking met de prijsbepaling voor een ander type zand waarover Boskalis eerder een overeenkomst had gesloten.

De verwerende partij verwerpt deze verantwoording, zoals hierboven vermeld onder randnummer 7.3.1, op grond dat de verzoekende partijen “geen inzicht” geven “in cruciale elementen van de prijsopbouw van de eenheidsprijzen voor 2 zeer belangrijke posten uit de opdracht”.

7.4.3. De verwerende partij heeft geoordeeld dat de verzoekende partijen geen inzicht hebben gegeven in cruciale elementen van de prijsopbouw en dat zij blijven bij algemeenheden en niet-onderbouwde gevolgtrekkingen. Die beoordeling lijkt haar beoordelingsruimte niet te buiten te gaan.

Immers, Boskalis mag dan wel de grootste leverancier van zand op de Nederlandse markt zijn, zij moet niettemin haar prijzen voor de verkoop en winning van zand nader kunnen verantwoorden wanneer zij hierom op de bij de wet en haar uitvoeringsbesluiten bepaalde wijze wordt gevraagd. De

omstandigheid dat die onderneming is bevolkt met specialisten en daadwerkelijk veel ervaring heeft, lijkt niet anders te moeten doen besluiten. Integendeel, er had mogen worden verwacht dat het hierdoor gemakkelijker was geweest om de op de markt waarop Boskalis handelt, toepasselijke prijzen concreet en precies te onderbouwen.

Dat Boskalis het zand dat bij het project vrijkomt, zelf wil aanwenden, kan de prijszetting weliswaar gunstig beïnvloeden, maar enig inzicht in de prijszetting lijkt hiermee nog steeds niet te worden gegeven. Bijkomend moet worden vastgesteld dat Boskalis uitdrukkelijk aangeeft op het ogenblik niet te weten voor welk project het zand zou kunnen worden gebruikt.

Bij hun tweede prijsverantwoording leggen de verzoekende partijen een voorbeeld voor van een leverantiecontract. Daargelaten de vraag of daarmee het vereiste inzicht in de prijsbepaling in het desbetreffende project wordt gegeven, wordt enig verband met de zandwinning uit de gebaggerde grond in het huidige project niet concreet toegelicht. Hierdoor kan de conclusie inzake de prijszetting voor de posten 2 en 3 niet zomaar worden bijgevalen, omdat die vertrekt van een niet-geduide prijs voor de verkoop van zand van een verschillende kwaliteit in een ander project.

Uit het voorgaande volgt voorshands dat de verwerende partij wettig tot het oordeel mocht komen dat de prijsverantwoording van de negatieve prijzen, die zij naar waarde heeft geschat, niet kon worden aanvaard, en dit wegens de te beperkte toelichting, staving of becijfering.

Van enige discriminatie van een Nederlandse onderneming lijkt ook geen sprake omdat die op een gelijke manier werd behandeld als een Belgische onderneming en de prijsverantwoording aan dezelfde criteria werd getoetst.

7.5. In een vijfde middelonderdeel ten slotte voeren de verzoekende partijen de schending van de gelijkheid onder inschrijvers aan. Zij betogen:

“Zelfs indien de aanbestedende overheid haar beoordelingsmarge in het kader van het prijsonderzoek wettig gehanteerd zou kunnen hebben om

geen prijzen inzake afzet van het zand te aanvaarden aan de hand van de resultaten van het grondmechanisch onderzoek, niettegenstaande de bevestiging in het bestek dat de opdrachtnemer zich moet vergewissen van de lagenopbouw via de DOV, waarbij de Afdeling Geotechniek instaat voor de kwaliteitsborging van de door haar uitgevoerde sonderingen en boringen [...], dan nog had de aanbestedende overheid alle ingediende offertes moeten afwijzen, vermits alle overige offertes en de daarin opgenomen prijszettingen onvermijdelijk evenzeer gesteund waren op de in het bestek opgelijste grondmechanische onderzoeken.”

Dit middelonderdeel wordt evenmin ernstig bevonden en dit om de volgende redenen.

7.5.1. Op de eerste plaats lijkt het, zoals opgemerkt onder randnummer 7.3.1, te gaan om een overtollig en ondergeschikt motief.

Ten overvloede merkt de Raad op dat de gekozen inschrijvers op grond van hun vertrouwelijk bijgebrachte stukken hebben aangetoond dat zij hun prijszetting hebben gedaan op grond van eigen boringen en bevindingen. In zoverre het middelonderdeel aanvoert dat “het totaal onwaarschijnlijk [is] dat de andere inschrijvers hun prijs op een andere manier zouden bepaald hebben dan aan de hand van de door de aanbestedende overheid aangeleverde studies inzake het grondmechanisch onderzoek”, lijkt het dan ook feitelijke grondslag te missen.

VII. Besluit

8. 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 Herbosch-Kiere en de nv Hens, samen vormend een tm, 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 400 euro, elk voor de helft, een bijdrage van 22 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 300 euro, elk voor de helft.

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

Pierre Barra,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Pierre Barra