

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 256.228 van 6 april 2023
in de zaak A. 238.600/XII-9348**

In zake: de NV SPORTINFRABOUW
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Joris Wouters en Geert Van Engelm
kantoor houdend te 2600 Antwerpen - Berchem
Borsbeeksebrug 36 bus 9
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD BRUGGE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocate Neil Braeckeveldt en Lene De Vlieger
kantoor houdend te 8000 Brugge
Ezelstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 maart 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Brugge van 20 februari 2023 waarbij wordt beslist om de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp ‘heraanleg kunstgrasveld JVV Sint-Andries’, voorwerp van het bestek 2022/8604, te gunnen aan de nv Lesuco, en niet aan de verzoekende partij.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 maart 2023.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Lene De Vlieger, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena 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 voor werken uit met als voorwerp “heraanleg kunstgrasveld JVV [jeugdvoetbalvereniging] Sint-Andries”.

De opdracht wordt nationaal bekendgemaakt en wordt gegund met een openbare procedure.

3.2. Onder punt 10, ‘Gunningscriteria’, van het bestek wordt bepaald dat de prijs het enige gunningscriterium is.

3.3. Vijf ondernemingen dienen een offerte in.

3.4. Op 28 april 2022 vraagt de verwerende partij per brief aan de inschrijvers om een prijsverantwoording voor bepaalde posten.

In de brief van de verwerende partij aan de nv Lesuco wordt gevraagd om de eenheidsprijzen van de vijf volgende posten toe te lichten en te verantwoorden:

“Post 16 – 0402.20057.*: Uitgraving met verwijdering voor gebruik buiten de werf of voor afvoer naar een TOP [tussentijdse opslagplaats] volgens 4-2.1.2.2, in compacte grond, gronden met milieuhygiënische code 211 : EHP [eenheidsprijs] offerte: 8,64 euro (gemiddelde: 12,13 euro; afwijking: - 28,76%)
 Post 42 – 0601.19018: Ongewapende cementbetonverharding, bouwklasse BF volgens 6-1, dikte E = 18 cm : EHP offerte: 38,02 euro (gemiddelde: 63,45 euro; afwijking: - 40,08%)
 Post 52: Fundering kunstgras in zuiver kalksteenlaag 1/50, dikte 20cm : EHP offerte: 8,42 euro (gemiddelde: 11,79 euro; afwijking: - 28,58%)
 Post 53: Toplaag fundering kunstgras in natuursteenslag 0/8, dikte 5cm : EHP offerte: 3,40 euro (gemiddelde: 4,16 euro; afwijking: - 18,27%)
 Post 54: Kunstgras op shockpad + kurkinfill : EHP offerte: 28,30 euro (gemiddelde: 33,79 euro; afwijking: - 16,26%).”

3.5. Uit het verslag van nazicht blijkt dat de verantwoording van vier van de vijf ondernemingen, waaronder die van de verzoekende partij en de nv Lesuco, wordt aanvaard.

Van de vier regelmatig bevonden offertes wordt, vervolgens, de volgende rangschikking opgemaakt:

Nr.	Naam	Prijs incl. btw (nagerekende bedragen)
1	Lesuco nv	491.443,16 euro
2	Sportinfrabouw nv	615.858,54 euro
3	X	662.693,83 euro
4	Y	688.480,27 euro

Op 13 juni 2022 beslist het college van burgemeester en schepenen om de opdracht te gunnen aan de nv Lesuco.

3.6. Tegen deze beslissing stelt de verzoekende partij op 6 juli 2022 een eerste vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

Gelet op die vordering, trekt de verwerende partij deze gunningsbeslissing op 12 juli 2022 in. Met arrest nr. 254.287 van 19 juli 2022 stelt

de Raad van State vast dat de vordering zonder voorwerp geworden is, minstens dat de verzoekende partij haar belang bij de vordering verloren heeft.

3.7. Op 19 juli 2022 wordt opnieuw een vraag tot prijsverantwoording gesteld aan de nv Lesuco. Thans wordt ook gevraagd “gedetailleerd aan te tonen” hoe haar totaalprijs, die 25,05 % afwijkt ten opzichte van de gemiddelde totale offerteprijs, tot stand kwam. In verband met de vijf posten waarvoor eerder al een prijsverantwoording werd gevraagd, wordt de nv Lesuco thans bovendien uitgenodigd om “voldoende aan te geven voor de posten met een onderaannemer of leverancier hoe hun lage prijs tot stand kwam”.

Op 12 augustus 2022 antwoordt de nv Lesuco op deze nieuwe vraag tot prijsverantwoording.

Op 13 september 2022 stelt de verwerende partij een aanvullende vraag tot prijsverantwoording aan de nv Lesuco:

“Verantwoording totaalprijs:

Als motivatie voor de totaalprijs wordt meegegeven dat Lesuco nv marktleider is. Kan dit geverifieerd worden (projectenlijst)?

Verantwoording eenheidsprijzen:

U heeft offertes van leveranciers toegevoegd aan de eigen prijsopbouw, kunnen de leveranciers voldoende aangeven hoe hun lage prijzen tot stand kwamen?

Bovendien wordt voor één post (post 54) geen offertes van leveranciers bijgebracht (er staat enkel dat er ‘indien gewenst’ nog detailoffertes aangeleverd kunnen worden). Het lijkt ons toch noodzakelijk dat die worden aangeleverd.”

De verwerende partij stelt ook de volgende vraag in verband met de verbintenistermijn:

“De verbintenistermijnen van de andere offertes zijn intussen al een tijdje verstreken, maar waren wel nog geldig ten tijde van inschrijving. Heeft u zelf ook de verbintenistermijn van uw offerte verlengd?”

Op 26 september 2022 verstrekt de nv Lesuco de gevraagde verantwoording van de totaalprijs en de gevraagde bijkomende verantwoording

van de eenheidsprijs voor de vijf posten. Op de vraag in verband met de verbintenistermijn wordt in haar schrijven niet ingegaan.

In een schrijven van 28 oktober 2022 aan de nv Lesuco stelt de verwerende partij vast dat de verbintenistermijn van de offerte is verstreken op 2 oktober 2022. Zij vraagt aan de nv Lesuco om haar overeenkomstig artikel 89 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) mee te delen of zij haar offerte al dan niet handhaaft tot 1 september 2023.

Op 16 november 2022 antwoordt de nv Lesuco dat zij “te maken [heeft] met uitzonderlijke omstandigheden op de bouwmaterialen- en energiemarkt, zoals sterke stijgingen van de olie-, bitumen- en gasprijzen”. In die omstandigheden verklaart zij de aangeboden prijzen niet meer te kunnen handhaven. Voor vijf posten biedt zij nieuwe, verhoogde prijzen aan.

3.8. In een nieuw verslag van nazicht van 23 december 2022 worden de verstrekte prijsverantwoordingen besproken en aanvaard.

De aanvaarding van de door de gekozen inschrijver gegeven prijsverantwoording wordt gemotiveerd als volgt:

“NV Lesuco gaf een prijsverantwoording voor de offerte en gaf – op 26 september 2022 - op vraag van de aanbestedende overheid nog bijkomende toelichting en stavingstukken omtrent de geviseerde totaalprijs en eenheidsprijzen.

- Algemene prijsverantwoording voor de abnormale totaalprijs
De aannemer heeft alle posten nagekeken op eventuele rekenfouten.
De aannemer concludeert dat er geen enkele fout gemaakt is en ze nog steeds overtuigd zijn van de aangeboden prijzen.
De aannemer verklaart dat aangezien ze marktleider zijn in België, wat betreft de aanleg van kunstgras voetbalvelden, ze beroep kunnen doen op uiterst scherpe prijzen bij hun leveranciers. Lesuco nv heeft op grondgebied Stad Brugge reeds verschillende opdrachten uitgevoerd. Hierbij werd ook gebruik gemaakt van de aangetoonde onderaannemers en/of leveranciers van de ons bezorgde offertes.
Bijvoorbeeld: aanleg kunstgrasveld Male, aanleg kunstgrasveld Dudzele, Daverlo.

Hieruit kunnen we [op]maken dat dit betrouwbare partijen zijn [ver]mits de aangeleverde kwaliteit en uitvoering van de werken steeds voldeden aan de voorwaarden uit de aanbestedingen. De aannemer bezorgde ons ook een referentielijst van de grote infrastructuurwerken van de afgelopen jaren die hun vakkennis staven op het gebied van de aanleg en onderhoud van kunstgras sportvelden. Er is aangetoond dat de firma naast de grootste omzet vergeleken met de concurrenten ook beschikt over het grootste eigen vermogen.

Door de ervaring van de aannemer, opgebouwde vakkennis en werfopvolging kan men deze scherpe prijzen aanbieden.

Na verificatie van de omzetcijfers en eigen vermogen cijfers blijkt dat deze gegevens correct zijn.

De posten waar prijsverantwoording voor is gevraagd bedragen ruim 68% van de aanbesteding. Door het aandeel van de totale waarde van deze eenheidsprijzen komt de totaalprijs ook lager uit.

- Prijsverantwoording individuele posten:

- verantwoording Post 16:

Er wordt door de aannemer een offerte van een leverancier meegegeven waaruit we voor deze post de prijs exact kunnen uithalen. Er wordt rekening gehouden met het feit dat het zuivere teelaarde betreft (code 211) zonder stenen en de vermoedelijke hoeveelheid van 3404m³ wordt overgenomen.

Hierbij worden nog de algemene kosten en winstmarge [...] gerekend, het afgraven, het afvoeren en de overnamekost van de grond. Hieruit blijkt dat deze prijs correct is.

- verantwoording Post 42:

De aannemer geeft een gedetailleerd overzicht van de kosten aankoop beton – gestaafd met een offerte van de leverancier. De betondikte en het type van het beton voldoen aan de opgelegde voorwaarden, het afwerken halfpolieren + curing is inbegrepen alsook het zagen van de krimpvoegen. Hierbij worden nog de kosten gevoegd van de bekisting en de randisolatie, omgerekend van lopende meter naar m² om zo tot hun algemene prijs de m² te komen.

Er wordt ook nog rekening gehouden met de algemene kosten en de winstmarge kosten waaruit blijkt dat de prijzen correct zijn.

- verantwoording Post 52:

De aannemer beschikt over de fundering en kan daardoor de prijs drukken. Deze fundering is ook nog beschikbaar bij de leverancier, en kan voor de ingestoken prijs nog bekomen worden. Er zijn proefrapporten (technische fiche en proefrapport Universiteit Gent) aanwezig van deze fundering waarop te zien is dat de draagkracht en drainage heel goed is. Deze fundering voldoet aan de technische voorschriften van het bestek.

De aannemer geeft een gedetailleerd overzicht van de kosten voor levering ter plaatse, de verwerkingskosten (inzet arbeiders en rollend materiaal), algemene kosten en winstmarge, waaruit blijkt dat de prijzen correct zijn.

- verantwoording Post 53:

De aannemer geeft een gedetailleerd overzicht van de kosten gewassen natuursteenslag, de verwerkingskosten (inzet arbeiders en rollend

materiaal), algemene kosten en winstmarge. De prijs wordt omgerekend van prijs per ton naar m² door gebruik te maken van het soortelijk gewicht en de dikte die nodig is voor aanleg. Deze toplaag fundering maakt onderdeel uit van de fundering waar de aannemer over beschikt. We kunnen dus concluderen dat deze prijzen correct zijn.

- verantwoording Post 54:

De aannemer geeft een gedetailleerd overzicht van de kosten aankoop zand, kurk, kunstgrasmat,- gestaafd met de verschillende offertes van de leveranciers. Offertes van Sibelco voor het infillzand, Domo voor de kurk, Trocellen [voor] het shockpad en tenslotte [...] de factuur van Groenewoud voor de installatie. Er worden berekeningen gedaan om tot het gedetailleerde overzicht te komen van de prijs /m².

Het zand wordt omgerekend van het aantal kg dat nodig is per m² om zo de prijs/m² te bepalen, evenals voor de kurk wordt dit omgerekend van het aantal kg dat nodig is per m² om tot de prijs/m² te komen.

De aannemer calculeert hierin ook de kosten voor snijverlies en belijning, afvalcontainer, de transportkosten, algemene kosten en winstmarge, waaruit blijkt dat de prijzen correct zijn.”

Het verslag bevat ook de volgende overwegingen in verband met de toepassing van artikel 89 van het koninklijk besluit plaatsing 2017:

“Aangezien de verbintenistermijn inmiddels is verstreken werd er – conform artikel 89 van het KB Plaatsing van 18 april 2017 - op 28 oktober 2022 een aangetekende brief verstuurd met de vraag of Lesuco nv hun prijzen nog steeds bevestigen. Er wordt ook nog eens vermeld in de brief dat de uitvoering van de opdracht dient plaats te vinden in de periode mei-augustus 2023.

Op 23 november 2022 ontvingen we de gevraagde info betreffende de verlenging van de verbintenistermijn. Daarbij stemde NV Lesuco in met het behoud van haar offerte, mits wijziging (verhoging van aantal eenheidsprijzen) op grond van omstandigheden die zich na de indiening van de offertes hebben voorgedaan.

Er kan worden vastgesteld dat de (verhoogde) totaalprijs van Lesuco nv - namelijk 593.559,72 euro (incl. BTW) - nog steeds lager is dan de (initiële) totaalprijs van de tweede gerangschikte (waardoor deze inschrijver, noch de overige, verder niet meer werd bevestigd).

Lesuco nv verantwoordt de prijsverhoging aan de hand van e-mails, offertes, ... van de leveranciers/onderaannemers die dateren van na de indieningsdatum en waaruit effectief prijsstijgingen blijken (gelinkt aan uitzonderlijke omstandigheden en ongeziene prijsstijgingen op de bouwmaterialen- en energiemarkt). Deze initiële prijzen worden niet voldoende gecompenseerd door de in de aanbesteding toegepaste herzieningsformule waardoor er nieuwe prijzen werden aangeleverd. Ook na indiening van de nieuwe prijzen blijkt Lesuco nv zoals vermeld de economisch meest voordelige inschrijver.”

De rangschikking van de regelmatige offertes blijft dezelfde, met dien verstande dat voor de nv Lesuco nu een totaalprijs (nagerekend bedrag) wordt vermeld van 593.559,72 euro, btw inbegrepen. De totaalprijzen van de drie andere inschrijvers blijven ongewijzigd.

3.9. Op 20 februari 2023 beslist het college van burgemeester en schepenen andermaal om de opdracht te gunnen aan de nv Lesuco.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

4. 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’ (hierna: rechtsbeschermingswet), 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.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 84 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 4, 5 en 29 van de rechtsbeschermingswet, artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, het formele- en het materiële motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel,

“Doordat verwerende partij de opdracht heeft gegund aan inschrijver Lesuco nv nu deze inschrijver de economisch meest voordelige offerte zou hebben ingediend; dat de offerte van deze inschrijver door verwerende partij als regelmatig is beschouwd; dat uit de bestreden beslissing blijkt dat de totale offerteprijs van inschrijver Lesuco nv met 25,05% afweek van de gemiddelde totale offerteprijs en aanvankelijk als schijnbaar abnormaal beschouwd werd; dat tevens de posten 16, 42, 52, 53 en 54 van de offerte van inschrijver Lesuco nv als schijnbaar abnormaal zijn aangemerkt; dat een prijsverantwoording is gevraagd waarna verwerende partij beslist heeft deze prijsverantwoording te aanvaarden en de offerte van inschrijver Lesuco nv als regelmatig te beschouwen; dat niet in een afdoende motivering wordt voorzien waaruit blijkt waarom het vermoeden van abnormaliteit van [...] zowel de totaalprijs als de bevroegde eenheidsprijzen, is weerlegd geworden; Terwijl verwerende partij de prijsverantwoording vanwege Lesuco nv niet mocht aanvaarden nu deze inschrijver het schijnbaar abnormaal karakter van haar totaalprijs en de genoemde eenheidsprijzen niet afdoende kon weerleggen; de verwerende partij alleszins gehouden is haar beslissing tot gunning van de opdracht en in het bijzonder de aanvaarding van de prijsverantwoording vanwege inschrijver Lesuco nv behoorlijk en afdoende [te] motiveren”.

5.2. In haar toelichting legt de verzoekende partij in de eerste plaats uit dat de aanvaarding van de prijsverantwoording van de nv Lesuco voor de totale offerteprijs niet deugdelijk gemotiveerd is. Zij benadrukt dat het grote verschil tussen de totale offerteprijs van de nv Lesuco en de gemiddelde totale offerteprijs de verwerende partij had moeten nopen tot een zorgvuldig onderzoek.

De elementen die de verwerende partij hanteert om de totaalprijs van de offerte van de gekozen inschrijver te aanvaarden – namelijk diens positie van marktleider, die hem zou toelaten scherpe prijzen te krijgen bij leveranciers, zijn ervaring in Brugge met reeds geslaagde projecten, zijn grootste omzet en grootste eigen vermogen onder de inschrijvers, en zijn opgebouwde vakkennis en werfopvolging, blijkend uit een referentielijst van grote infrastructuurwerken – zijn volgens haar nietszeggend, niet relevant en derhalve niet draagkrachtig. Er is, volgens de verzoekende partij, geen onderscheidend element op grond waarvan de abnormaal lijkende totaalprijs verantwoord wordt:

“Al de inschrijvers, zeker verzoekende partij, hebben een uitgebreide ervaring in de aanleg van sportinfrastructuur en beschikken over een lange en ruime ervaring. Verzoekende partij (en waarschijnlijk ook de overige

inschrijvers) beschikt over uitstekende relaties met haar leveranciers en kan dus ook aanspraak maken op zeer concurrentiële prijzen. Hetzelfde geldt voor de opgebouwde vakkennis. Deze is bij alle inschrijvers, zo ook bij verzoekende partij, aanwezig. Verwerende partij legt overigens niet uit hoe een referentielijst (die dan toch kadert in de kwalitatieve selectie) invloed kan hebben op de totaalprijs van een nieuwe opdracht.

Hoe de omvang van het eigen vermogen en de omzet kunnen toelaten dat een veel lagere prijs wordt geboden, wordt niet uitgelegd. Uit de motivering van verwerende partij volgt nochtans dat een onderneming met een hoog eigen vermogen en met een grote omzet steeds lagere prijzen zou kunnen aanbieden. Dit is uiteraard weinig ernstig en vindt geen steun in de wetgeving, de rechtsleer of de rechtspraak. Op die manier zou een onderneming met een hoge omzet (of een hoog eigen vermogen) meer abnormale prijzen mogen bieden dan een onderneming met een minder hoge omzet (of minder hoog eigen vermogen). Deze financiële gegevens zeggen helemaal niets over de geboden prijs voor een concrete opdracht en maken nog minder concrete elementen uit die een (schijnbaar) abnormale prijs kunnen verantwoorden.

Toch besluit verwerende partij kortweg dat zij de prijsverantwoording kan aanvaarden na verificatie van enkel de omzetcijfers en het eigen vermogen.”

Voorts wijst de verzoekende partij erop dat de prijsverantwoording van de nv Lesuco geen cijfermatige toelichting of onderbouwing bevat: “Van de door Lesuco nv aangehaalde elementen wordt derhalve op geen enkele wijze cijfermatig toegelicht hoe deze elementen voor wat betreft huidige opdracht kunnen leiden tot de wel zeer lage totaalprijs.”

Ten slotte wijst de verzoekende partij er nog op dat de enkele motivering dat de eenheidsprijzen van de bevroagde posten niet abnormaal zouden zijn, *quod non*, niet voldoende is om het abnormaal karakter van de totale offerteprijs te weerleggen.

5.3. De verzoekende partij licht vervolgens haar kritiek toe op het aanvaarden van de prijsverantwoording die de nv Lesuco heeft gegeven voor de posten met een abnormaal lijkende eenheidsprijs. De motivering voor de aanvaarding is volgens haar geenszins afdoende: de nv Lesuco heeft zich hoofdzakelijk beperkt tot toelichtingen en de verwerende partij verschaft geen inhoudelijke motieven die verklaren waarom zij *in concreto* de “verantwoording” mocht aanvaarden.

De verzoekende partij gaat vervolgens nader in op het aanvaarden van de verantwoording voor drie van de vijf posten waarvoor een prijsverantwoording is gevraagd, namelijk de posten 16, 52 en 53.

Wat post 16, “Uitgraving met verwijdering voor gebruik buiten de werf of voor afvoer naar een TOP”, betreft, geeft de verzoekende partij aan dat de prijsverantwoording voor deze post niet kon worden aanvaard omdat die verantwoording slechts bestaat uit een verwijzing naar de prijzen van een onderaannemer, verhoogd met een winstmarge. Bovendien is de verantwoording feitelijk onjuist: “Volgens post 15 is het terrein 6.164 m² groot. Volgens post 16 moet er 3.404 m³ af-/uitgegraven worden. [Dat] betreft derhalve een dikte van 55 cm. Een teelaardelaag is volgens het Standaardbestek 250 evenwel slechts 20 cm dik (het technisch bestek voor huidige opdracht verwijst naar het Standaardbestek 250). Dit betekent dat de helft van de laag van de grond volgens post 16 géén zuivere teelaarde betreft, en tegen een meerkost afgevoerd moet worden. Het feitelijk uitgangspunt van de prijsverantwoording is derhalve onjuist.”

Wat post 52, “Fundering kunstgras in zuiver kalksteenslag 1/50, dikte 20 cm”, betreft, geeft de verzoekende partij aan dat het gaat om een fundering bestaande uit kalksteenslag 1-50 mm, dus om circa 2.200 ton kwalitatieve fundering, met een waarde van circa 48.000 euro (vervoer inbegrepen). Bij de groeve zal de waarde meer dan 30.000 euro bedragen. Het is vooreerst volkomen ongeloofwaardig dat een aannemer de aangegeven hoeveelheid hoogwaardige kwaliteit steenslag “nog heeft liggen bij een groeve (het betreft dus geen afvalproduct)”. Daarnaast vertegenwoordigt deze kalksteenslag steeds een zekere waarde. Het is niet omdat een bepaalde hoeveelheid reeds is aangekocht dat deze dan geen waarde meer zou hebben. Er wordt niet cijfermatig uitgelegd hoe de door de nv Lesuco ingeroepen omstandigheden haar prijs zouden kunnen drukken. Ten slotte is geen rekening gehouden met een meerkost wegens de moeilijke toegankelijkheid van het terrein waarop de opdracht uitgevoerd moet worden. Materialen moeten via een “tussendepot” aan- en afgevoerd worden, wat nog eens minimaal 2 à 3 euro per ton aan extra kosten met zich brengt.

Wat post 53, “Toplaag fundering kunstgras in natuursteenslag 0/8, dikte 5 cm”, betreft, geeft de verzoekende partij aan dat het gaat om een

fundering bestaande uit natuursteenslag 1-8 mm, dus om circa 550 ton kwalitatieve fundering, met een waarde van circa 13.000 euro (vervoer inbegrepen). Bij de groeve zal de waarde meer dan 8.000 euro bedragen. De verzoekende partij herhaalt dat het volkomen ongeloofwaardig is dat een aannemer een dergelijke hoeveelheid hoogwaardige kwaliteit steenslag nog heeft liggen, dat niet cijfermatig wordt uitgelegd hoe de door de nv Lesuco ingeroepen omstandigheden haar prijs zouden kunnen drukken, en dat geen rekening is gehouden met een meerkost van minstens 2 à 3 euro per ton voor het aan- en afvoeren van materialen via een “tussendepot”.

5.4. De verzoekende partij merkt nog op dat de nv Lesuco het verstrijken van de verbintenistermijn te baat heeft genomen om haar offerteprijs met meer dan 100.000 euro te verhogen. Hieruit blijkt dat haar oorspronkelijke prijzen geenszins realistisch waren en nooit hadden mogen worden aanvaard.

De verzoekende partij is ook van oordeel dat de formelemotiveringsplicht is geschonden doordat de verwerende partij nalaat in de bestreden beslissing de afwijkingspercentages voor elke post te vermelden. Deze posten behelzen een aanzienlijk deel van de totale offerteprijs. Gelet op het feit dat de totale offerteprijs van de nv Lesuco 25,05 % afwijkt van het gemiddelde van de totale offerteprijzen, kan vermoed worden dat de eenheidsprijzen in dezelfde mate afwijken. Voor dergelijke afwijkingen wordt van de aanbestedende overheid verwacht dat zij een gedegen en concreet onderzoek voert. Dit is geenszins terug te vinden in de motivering van de aanvaarding van de prijsverantwoording van de eenheidsprijzen. Daarnaast geven procentuele afwijkingen een indicatie van de mate van motivering die verstrekt zal moeten worden: hoe groter de afwijking van de gemiddelde prijs is, hoe diepgaander de motivering van een aanbestedende overheid dient te zijn. De verwerende partij laat echter na *in concreto* uit te leggen waarom zij de in de prijsverantwoording aangevoerde elementen mocht aanvaarden en waarom deze elementen het vermoeden van abnormaliteit hebben weerlegd.

Mocht de verwerende partij zich beroepen op de vertrouwelijkheid van de prijsinformatie, dan benadrukt de verzoekende partij dat het zakengeheim niet met zich brengt dat kan volstaan worden met een

niet-concrete motivering, om de volledige abnormaleprijzenproblematiek te onttrekken aan het zicht van de overige inschrijvers en om zodoende niet te voldoen aan de formelemotiveringsplicht. Overigens verwijst de verwerende partij in de bestreden beslissing niet naar het zakengeheim.

Beoordeling

6. Wanneer de aanbestedende overheid met toepassing van artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 een prijzen- of kostenbevraging heeft uitgevoerd, dient zij met toepassing van artikel 36, § 3, de ontvangen verantwoording te beoordelen, en deze al dan niet te aanvaarden.

Bij de toepassing van artikel 36, § 3, beschikt de aanbestedende overheid over een beoordelingsruimte om de gegeven prijsverantwoording al dan niet te aanvaarden. De Raad van State mag zich, gesteld voor de toetsing van een dergelijke beoordeling, niet in de plaats stellen van het bestuur en zelf de beoordeling van de prijsverantwoording overdoen. Het komt hem enkel toe om desgevraagd de beoordeling op haar rechtmatigheid te toetsen. Aldus kan hij 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.

Met betrekking tot de totaalprijs

7. Uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij op 19 juli 2022 en 13 september 2022 aan de nv Lesuco heeft gevraagd om haar totaalprijs te verantwoorden. Die prijs week met 25,05 % af van de gemiddelde totale offerteprijs.

De nv Lesuco gaf op 12 augustus 2022 een prijsverantwoording voor de eenheidsposten waarover zij bevraagd werd, en op 26 september 2022 gaf zij een prijsverantwoording voor onder meer de totaalprijs. Uit de vertrouwelijke documenten die de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt dat de nv Lesuco de volgende elementen aanhaalde: zij is marktleider en kan daardoor “uiterst scherpe”

prijzen krijgen van haar leveranciers; de afgelopen jaren heeft zij grote infrastructuurwerken uitgevoerd, onder meer in Brugge en omstreken; de afgelopen jaren heeft zij een grote omzet gerealiseerd, en in vergelijking met haar grootste concurrenten heeft zij de grootste omzet en het grootste eigen vermogen.

Uit het verslag van nazicht blijkt dat de verwerende partij aanvaardt dat de nv Lesuco marktleider is, en dat zij in vergelijking met haar concurrenten de grootste omzet en het grootste eigen vermogen heeft. Voorts leidt zij uit het argument van de nv Lesuco in verband met eerder uitgevoerde werken het volgende af: door de opdrachten die de nv Lesuco op het grondgebied van de stad Brugge heeft uitgevoerd, weet de verwerende partij dat de onderaannemers en leveranciers waarop de nv Lesuco een beroep doet “betrouwbare partijen” zijn en dat de werken steeds werden uitgevoerd op een wijze die voldeed aan de voorwaarden van de opdracht; de referentielijst met de grote infrastructuurwerken staft de vakkennis van de nv Lesuco inzake de aanleg en het onderhoud van sportvelden in kunstgras. De verwerende partij besluit dat de nv Lesuco dankzij haar ervaring, vakkennis en werfopvolging “scherpe prijzen” kan aanbieden.

De verwerende partij voegt hieraan toe dat de posten waarvoor prijsverantwoording is gevraagd, ruim 68 % van de aanbesteding bedragen. Doordat voor die posten lagere eenheidsprijzen worden aangeboden – welke door de verwerende partij worden aanvaard –, valt ook de totaalprijs lager uit.

8. Bij het onderzoek naar het afdoend karakter van de motieven moet rekening worden gehouden met het geheel van de in de bestreden beslissing uitgedrukte motieven en niet met één of meer door de verzoekende partij selectief geciteerde en bekritiseerde onderdelen van de motivering. Het volstaat immers dat de motivering in haar geheel afdoende is.

Voorts herinnert de Raad van State eraan dat bij het onderzoek van de prijsverantwoording voor de totaalprijs rekening mag worden gehouden met elementen uit het deel van de prijsverantwoording voor eenheidsprijzen, en dat ook niet-cijfermatige gegevens een prijsverantwoording kunnen uitmaken.

9. Te dezen neemt de verwerende partij aan dat de door de nv Lesuco aangeboden totaalprijs verantwoord wordt door de elementen die deze inschrijver aanvoert. De verwerende partij is met andere woorden van oordeel dat die totaalprijs realistisch is, en niet abnormaal laag.

Het komt de Raad van State voor dat de verwerende partij wettig kan steunen op het feit dat de nv Lesuco marktleider is en een hoge omzet heeft. Dit zijn immers elementen die op het eerste gezicht kunnen verklaren waarom de nv Lesuco bij haar onderaannemers en leveranciers gunstige prijzen kan bedingen. Voorts lijkt het feit dat de nv Lesuco werkt met onderaannemers en leveranciers waarmee de verwerende partij zelf goede ervaringen heeft, een element te kunnen zijn dat de verwerende partij ertoe kan brengen om de prijzen van die onderaannemers en leveranciers als realistisch te beschouwen. Ten slotte lijkt de verwerende partij ook wettig te kunnen steunen op het feit dat de nv Lesuco, onder meer door haar ervaring met grote infrastructuurwerken, een ruime vakkennis heeft opgedaan, en dat zij haar werven goed blijkt op te volgen. Dit zijn immers elementen die op het eerste gezicht kunnen verklaren waarom de nv Lesuco bij de uitvoering van haar werken kostenbesparend te werk kan gaan.

Uit het geheel van die elementen lijkt de verwerende partij wettig te kunnen afleiden dat de door nv Lesuco aangeboden totaalprijs realistisch is, en dat die bovendien marktconform is. Anders dan de verzoekende partij aanvoert, zijn de aangehaalde elementen “onderscheidend”, in de zin dat zij betrokken worden op de specifieke situatie van de nv Lesuco.

10. Zoals hiervoor opgemerkt, mocht de verwerende partij niet-cijfermatige gegevens aanvaarden, voor zover die voldoende concreet waren om een verantwoording te bieden voor de lage totaalprijs.

Ten overvloede heeft de verwerende partij in het verslag van nazicht ook nog verwezen naar cijfermatige gegevens, namelijk de eenheidsprijzen voor de vijf posten waarover zij de nv Lesuco bevraagd heeft. De verwerende partij stelt vast dat die posten 68 % van de totale waarde van de opdracht bedragen. Nu zij die eenheidsprijzen aanvaardt, en nu er voorshands geen reden is om de beoordeling ter zake als kennelijk onredelijk te beschouwen (zie hierna, wat drie

van die posten betreft, overwegingen 12.1 tot 14.2), lijkt de verwerende partij ook wettig naar die eenheidsprijzen te kunnen verwijzen ter aanvaarding van de aangeboden totaalprijs.

Met betrekking tot de eenheidsprijzen voor bepaalde posten

11. Uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij op 28 april 2022 aan de nv Lesuco heeft gevraagd om haar eenheidsprijzen voor de posten 16, 42, 52, 53 en 54 te verantwoorden, en dat zij op 19 juli 2022 en 13 september 2022 om een nadere verantwoording heeft verzocht.

De nv Lesuco gaf een prijsverantwoording op 16 mei 2022, welke zij nader toelichtte op 12 augustus 2022 en 26 september 2022. Voor de drie posten die nog het voorwerp uitmaken van het eerste middel (posten 16, 52 en 53), wordt hierna ingegaan op de door de nv Lesuco gegeven verantwoording en op de beoordeling daarvan door de verwerende partij.

12.1. Wat post 16 ('uitgraving met verwijdering voor gebruik buiten de werf of voor afvoer naar een TOP volgens 4-2.1.2.2, in compacte grond, gronden met milieuhygiënische code 211') betreft, blijkt uit het administratief dossier dat de nv Lesuco in haar prijsverantwoording van 12 augustus 2022 verwijst naar de prijs van een onderaannemer en dat zij de offerte van die onderaannemer bij haar verantwoording heeft gevoegd. De nv Lesuco geeft daarenboven zelf een opdeling van die prijsofferte: zij maakt een onderscheid tussen het afgraven van de aarde en het laden op tractors, het afvoeren naar een tussentijdse opslagplaats en de kost voor de overname van de grond. Zoals de verwerende partij in haar nota bekendmaakt, heeft de onderaannemer het in zijn offerte over "uitgraven en afvoeren van zuiver teelaarde code 211 zonder stenen [vermoedelijke hoeveelheid] 3404 m³". De nv Lesuco legt ook uit welk percentage zij daarbovenop toepast voor algemene kosten en winstmarge.

Op zich lijken deze gegevens te kunnen volstaan voor het aanvaarden van de prijsverantwoording.

12.2. De verzoekende partij voert aan dat het feitelijk uitgangspunt van de prijsverantwoording onjuist is. Volgens haar berekeningen is niet de hele af te graven laag “zuivere teelaarde”, maar slechts de bovenste laag van 20 cm, zijnde de dikte van een teelaardelaag volgens het Standaardbestek 250, waarnaar het bijzonder bestek te dezen verwijst. Er zou daaronder nog een laag van 35 cm zijn, die niet dezelfde kenmerken vertoont, die tegen een meerkost afgevoerd moet worden. Deze kritiek overtuigt op het eerste gezicht niet. Bij het bestek is immers een milieutechnisch verslag van een erkend bodemsaneringsdeskundige van 8 oktober 2021 gevoegd, waarin na een analyse van de te vergraven grond tot op een diepte van 1 meter, aan die grond “de milieuhygiënische code 211 [wordt] toegekend, [...] vanaf de toplaag tot de maximale afgravingsdiepte”. Die code houdt in dat de afgegraven grond voor “vrij gebruik” in aanmerking komt. In het bedoelde verslag wordt ook vastgesteld dat een fysische scheiding van de grond voor verder gebruik niet vereist is. Met de verwerende partij wordt voorshands dan ook aangenomen dat geen opsplitsing tussen verschillende soorten ondergrond vereist is, en dat de volledige hoeveelheid uit te graven grond “in één beweging kan worden uitgegraven en afgevoerd”. In elk geval blijkt uit de offerte van de onderaannemer, zoals hiervoor opgemerkt, dat diens prijs betrekking heeft op het afvoeren van het hele volume van 3404 m³, wat ook de aard van de grond is.

13.1. Wat post 52 (‘fundering kunstgras in zuiver kalksteenslag 1/50, dikte 20 cm’) betreft, blijkt uit het administratief dossier dat de nv Lesuco in haar prijsverantwoording van 12 augustus 2022 verwijst naar de prijs van een onderaannemer voor de levering van kalksteenslag en dat zij de offerte van die onderaannemer bij haar verantwoording heeft gevoegd. De nv Lesuco legt ook uit welke prijs zij daarbovenop aanrekent voor de verwerking van de geleverde steenslag en welk percentage zij toepast voor algemene kosten en winstmarge.

In het verslag van nazicht legt de verwerende partij uit dat de nv Lesuco deels zelf beschikt over de aangeboden fundering, en dat zij die deels nog kan verkrijgen aan de opgegeven prijs bij haar leverancier. De verwerende partij aanvaardt ook, op basis van een technische fiche en een onderzoeksverslag van een onderzoekscentrum van de Universiteit Gent, dat de aangeboden fundering voldoet aan de vereisten van het bestek. Zij aanvaardt ten slotte dat de aangeboden prijzen “correct” zijn.

Het is de Raad van State niet duidelijk of de bedoelde technische fiche en het bedoelde onderzoeksverslag, die beide gevoegd waren bij de op 16 mei 2022 gegeven prijsverantwoording, wel betrekking hebben op de steenslag die het voorwerp uitmaakt van de prijsverantwoording van 12 augustus 2022. Hoe dan ook slaat de offerte van de onderaannemer wel degelijk op de kalksteenslag waarop de verantwoording van 12 augustus 2022 betrekking heeft, en is er geen reden om eraan te twifelen dat die steenslag voldoet aan de vereisten van het bestek.

Op zich lijken de voornoemde gegevens te kunnen volstaan voor het aanvaarden van de prijsverantwoording.

13.2. De verzoekende partij voert aan dat het ongeloofwaardig is dat de nv Lesuco nog een grote hoeveelheid steenslag van hoge kwaliteit zou hebben liggen, en dat de nv Lesuco in elk geval niet uitlegt hoe de door haar ingeroepen omstandigheden de prijs zouden kunnen drukken. Zij gaat daarbij uit van een zelf begrote waarde van de fundering. Deze kritiek weegt voorshands echter niet op tegen de concrete cijfers meegedeeld door de nv Lesuco.

De verzoekende partij voert voorts aan dat het betrokken terrein, gelegen in een woonwijk, zeer slecht toegankelijk is voor grote vrachtwagens, en dat de aangevoerde steenslag ter plaatse eerst in een “tussendepot” geplaatst zal moeten worden, voordat het met andere vervoermiddelen naar het terrein gevoerd kan worden. Volgens de verzoekende partij is met de daarmee verbonden extra kosten geen rekening gehouden. Hierop antwoordt de verwerende partij dat de vrachtwagens achterwaarts op het terrein kunnen rijden en de steenslag kunnen lossen, waarna een kleine graafmachine de steenslag verder kan vervoeren en verspreiden over het terrein. Volgens haar is geen “tussendepot” nodig. Gelet op het antwoord van de verwerende partij, is de Raad van State voorshands van oordeel dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat de prijs op dit punt onderschat is.

14.1. Wat post 53 (‘toplaag fundering kunstgras in natuursteenslag 0/8, dikte 5 cm’) betreft, blijkt uit het administratief dossier dat de nv Lesuco in haar prijsverantwoording van 12 augustus 2022 verwijst naar de prijs van een

onderaannemer voor de levering van natuursteenslag en dat zij de offerte van die onderaannemer bij haar verantwoording heeft gevoegd. De nv Lesuco legt ook uit welke prijs zij daarbovenop aanrekent voor de verwerking van de geleverde steenslag en welk percentage zij toepast voor algemene kosten en winstmarge.

Op zich lijken de voornoemde gegevens te kunnen volstaan voor het aanvaarden van de prijsverantwoording.

14.2. De verzoekende partij voert aan dat het ongeloofwaardig is dat de nv Lesuco nog een grote hoeveelheid natuursteenslag zou hebben liggen, en dat de nv Lesuco in elk geval niet uitlegt hoe de door haar ingeroepen omstandigheden de prijs zouden kunnen drukken. Zij gaat daarbij uit van een zelf begrote waarde van de fundering. Deze kritiek weegt voorshands echter niet op tegen de concrete cijfers meegedeeld door de nv Lesuco.

De verzoekende partij herhaalt voorts haar kritiek in verband met de slechte toegankelijkheid van het terrein voor grote vrachtwagens. Om de redenen die hiervoor zijn aangehaald (overweging 13.2), is de Raad van State voorshands van oordeel dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat de prijs op dit punt onderschat is.

15. Gelet op het voorgaande, lijkt de bestreden beslissing te berusten op voldoende veruitwendigde en in feite en in rechte draagkrachtige motieven, lijken die motieven na een zorgvuldig onderzoek van het dossier tot stand te zijn gekomen, en lijkt de verwerende partij de perken van haar beoordelingsruimte niet te buiten te zijn gegaan.

Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

16.1. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4 en 5 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 89 van

het koninklijk besluit plaatsing 2017, de formelemotiveringsplicht en het gelijkheidsbeginsel,

“doordat verwerende partij enkel aan Lesuco nv gevraagd heeft haar verbintenistermijn te verlengen; dat aan de andere inschrijvers deze mogelijkheid niet is geboden; dat Lesuco nv de verlenging enkel kon toestaan op voorwaarde dat zij een aanzienlijke stijging van haar prijzen kon doorvoeren (met meer dan 100.000,00 EUR); dat zij deze verhoging rechtvaardigde door een beweerde stijging van de prijzen van haar leveranciers en de verhoogde prijzen van grondstoffen die door de werking van de prijsherzieningsformule niet zou[den] worden ondervangen; dat verwerende partij in de bestreden beslissing niet heeft gemotiveerd op grond van welke redenen zij zonder meer akkoord kon gaan met de door Lesuco nv gevraagde aanzienlijke verhoging; dat verwerende partij niet aan verzoekende partij de mogelijkheid heeft gegeven haar offerte te wijzigen;

Terwijl de verwerende partij overeenkomstig artikel 89 KB Plaatsing [2017] er in beginsel toe gehouden was, indien de verbintenistermijn is verstreken, de eerst gerangschikte inschrijver Lesuco nv te vragen of hij zijn offerte gestand doet dan wel of hij zijn offerte wijzigt; ter zake evenwel de offerteprijzen tussen Lesuco nv en verzoekende partij drastisch verschillen van elkaar; het gelijkheidsbeginsel en de eerlijke mededinging verwerende partij er evenwel toe noopten om alle inschrijvers te vragen hun offerte te herzien, hetgeen verwerende partij heeft nagelaten te doen; verwerende partij sowieso de gevraagde verhoging van Lesuco nv niet mocht aanvaarden en ook om die reden zich moest richten tot de andere inschrijvers; op die wijze verzoekende partij de kans is ontnomen om een meer voordelige offerte op te stellen en aldus de opdracht gegund te krijgen”.

16.2. In haar toelichting voert de verzoekende partij vooreerst aan dat uit artikel 89, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 volgt dat een aanbestedende overheid een wijziging van de prijs door de eerst gerangschikte inschrijver slechts kan aanvaarden indien deze wijziging verantwoord wordt door onvoorziene omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de limietdatum en het limietuur voor de indiening van de offertes. Indien dergelijke omstandigheden niet aangetoond kunnen worden, richt de aanbestedende overheid zich volgens artikel 89, vierde lid, tot de tweede gerangschikte inschrijver of tot alle andere inschrijvers. Het verslag aan de Koning bij het oorspronkelijk artikel 103 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ bevestigt dat de aanbestedende overheid in een dergelijk geval *in*

concreto moet motiveren waarom zij zich enkel richt tot de tweede gerangschikte inschrijver dan wel tot alle inschrijvers.

Voorts doet de verzoekende partij gelden dat de prijsverhoging van de nv Lesuco, “met maar liefst een stijging van 20,78 %”, niet mocht worden aanvaard omdat zij niet te wijten is aan onvoorziene omstandigheden. Sinds de start van de pandemie en de grondstoffenproblemen die zijn opgetreden in de afgelopen jaren kunnen prijsstijgingen bij leveranciers volgens haar niet langer meer beschouwd worden als een onvoorziene omstandigheid, en dient een inschrijver hiermee integendeel rekening te houden bij zijn prijsvaststelling. De verzoekende partij wijst erop dat het bestek overigens voorziet in een prijssherziening. Er wordt niet concreet uitgelegd waarom de prijssherzieningsformule niet zou voldoen en waarom er daarbovenop nog een zeer aanzienlijke verhoging zou moeten worden toegepast. Op geen enkele manier wordt gemotiveerd of onderbouwd waarom de zeer aanzienlijke prijsverhoging door de nv Lesuco wordt aanvaard. In die optiek heeft de verwerende partij verkeerdelijk geen beroep gedaan op de andere inschrijvers om hun verbintenistermijn te verlengen en hun offerte te wijzigen. Een wijziging van de offerte kan immers ook een verlaging van de prijs betekenen. Aldus is artikel 89, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 geschonden.

Ten slotte, zelfs indien de Raad van State zou oordelen dat de verwerende partij de gewijzigde prijzen van de leveranciers van de nv Lesuco wél als een onvoorziene omstandigheid kan beschouwen en dat zij dit afdoende heeft gemotiveerd in de bestreden beslissing, dan nog dient vastgesteld te worden dat de verwerende partij rekening moest houden met de specifieke omstandigheden van de zaak. Artikel 89, vierde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 voorziet in de mogelijkheid om alle inschrijvers te contacteren indien de eerst gerangschikte inschrijver niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 89, derde lid. Die mogelijkheid moet ook bestaan wanneer de prijzen van de eerst gerangschikte en de tweede gerangschikte inschrijver ver uit elkaar liggen. Dit is te dezen het geval: tussen de prijzen van de nv Lesuco en de verzoekende partij is er een verschil van ongeveer 25 %. De eerlijke mededinging en het gelijkheidsbeginsel, gehuldigd in de artikelen 4 en 5 van de wet overheidsopdrachten 2016, gebieden dat in dat geval de aanbestedende overheid na het verstrijken van de verbintenistermijn aan de andere inschrijvers vraagt of zij een betere offerte zouden voorstellen. Nu de

eerlijke mededinging en het gelijkheidsbeginsel van openbare orde zijn, moet artikel 89 van het koninklijk besluit 2017 toegepast worden op een wijze die daarmee in overeenstemming is.

Beoordeling

17. Artikel 89 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 voorziet in een procedure voor de aanbestedende overheid om aan de inschrijver waaraan zij de opdracht wenst te gunnen, te vragen of deze instemt met het behoud van zijn offerte “als de eventueel verlengde verbintenistermijn verstrijkt zonder dat de opdracht is gesloten”. Het derde en het vierde lid van artikel 89 bevatten bepalingen in verband met de hypothese dat die inschrijver slechts instemt met het behoud van zijn offerte op voorwaarde dat hij die kan wijzigen:

“Indien de inschrijver in kwestie slechts instemt met het behoud van zijn offerte mits hij een wijziging van zijn offerte krijgt, gebeuren de gunning en de sluiting van de opdracht met inbegrip van de gevraagde wijziging indien de inschrijver de wijziging verantwoordt op grond van omstandigheden die zich na de limietdatum en het limietuur voor de indiening van de offertes hebben voorgedaan en de aldus gewijzigde offerte de economisch meest voordelige blijft.

Als de inschrijver in kwestie niet instemt met het behoud van zijn offerte of de gevraagde wijziging niet gerechtvaardigd blijkt of de gewijzigde offerte niet de economisch meest voordelige blijft, richt de aanbestedende overheid zich :

1° hetzij achtereenvolgens, volgens de rangschikking, tot de andere regelmatige inschrijvers. In dit geval zijn eveneens het tweede en derde lid toepasselijk;

2° hetzij gelijktijdig tot al de andere regelmatige inschrijvers met de vraag hun offerte te herzien, op grond van de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht, om de opdracht vervolgens te gunnen en te sluiten op basis van de offerte die de economisch meest voordelige is geworden. De gevraagde wijzigingen moeten verantwoord worden op grond van omstandigheden die zich na de limietdatum en het limietuur voor de indiening van de offertes hebben voorgedaan, opdat ze in aanmerking zouden komen. De aanbestedende overheid houdt hierbij ook rekening met de bij toepassing van het derde lid gewijzigde offerte, voor zover de gegeven rechtvaardiging werd aanvaard.”

18. In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat de verwerende partij de wijziging van de prijzen in de offerte van de nv Lesuco niet mocht aanvaarden, dient vastgesteld te worden dat de nv Lesuco zich in haar schrijven

van 16 november 2022, aangehaald in de nota van de verwerende partij, beroept op “uitzonderlijke omstandigheden op de bouwmaterialen- en energiemarkt”. Bij dat schrijven voegt de nv Lesuco geactualiseerde offertes van haar onderaannemers en leveranciers die aantonen dat hun prijzen van het voorjaar van 2022 ondertussen verhoogd zijn.

Voorshands maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat de aanvaarding door de verwerende partij van de door de nv Lesuco gegeven verantwoording voor haar prijsverhogingen haar beoordelingsruimte te buiten zou gaan.

Weliswaar voert de verzoekende partij aan dat een wijziging van de offerte slechts aanvaard kan worden indien door de betrokken inschrijver “onvoorziene omstandigheden” worden ingeroepen. Artikel 89, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 heeft het echter niet over “onvoorziene omstandigheden”, doch enkel over “omstandigheden die zich na de limietdatum en het limietuur voor de indiening van de offertes hebben voorgedaan”. Ook al zullen de ingeroepen omstandigheden vaak onvoorzien zijn, dit lijkt *prima facie* geen vereiste te zijn.

Nu de verwerende partij de door de nv Lesuco gevraagde wijziging van haar prijzen heeft aanvaard, zonder dat zij daarmee artikel 89, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 lijkt te hebben geschonden, kon zij op grond van die bepaling de opdracht aan de nv Lesuco gunnen, “tegen het aangepaste offertebedrag”.

19. In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat de verwerende partij op grond van het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van de eerlijke mededinging verplicht was om aan haar en de andere inschrijvers te vragen of ook zij hun offerte wilden wijzigen, overtuigt zij niet.

Artikel 89, vierde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt de gevallen waarin aan de andere inschrijvers achtereenvolgens of gelijktijdig gevraagd moet worden of zij hun offerte wensen te herzien. Dit is het geval wanneer “de inschrijver in kwestie [dit wil zeggen de eerst gerangschikte

inschrijver] niet instemt met het behoud van zijn offerte of de gevraagde wijziging niet gerechtvaardigd blijkt of de gewijzigde offerte niet de economisch meest voordelige blijft”. Geen van die gevallen doet zich te dezen voor.

De verzoekende partij voert aan dat het beginsel van de eerlijke mededinging en het gelijkheidsbeginsel dwingen tot een ruimer toepassingsgebied van de regeling vervat in artikel 89, vierde lid. Dit komt erop neer dat zij aan die bepaling verwijt dat deze in strijd is met de voornoemde beginselen. Zij legt echter niet uit waarin precies de schending van die beginselen zou bestaan. De Raad van State ziet zelf ook niet waarom de genoemde beginselen ertoe zouden moeten leiden dat alle inschrijvers een kans moeten krijgen om hun offerte te wijzigen. De oorspronkelijke offertes zijn immers met elkaar vergeleken, en die vergelijking heeft geleid tot een rangschikking van de inschrijvers. Het is bij die beoordeling van de offertes dat het beginsel van de eerlijke mededinging en het gelijkheidsbeginsel nageleefd moeten worden. Eenmaal de rangschikking is vastgesteld, lijkt niets zich ertegen te verzetten dat de gevolgen van het verstrijken van de verbintenistermijn een zaak zijn tussen de aanbestedende overheid en, in beginsel, de eerst gerangschikte inschrijver.

20. Het middel is niet ernstig.

VI. Besluit

21. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. 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 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zes april tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens