RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 257.693 van 20 oktober 2023
in de zaak A. 240.081/XII-9410

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

tegen:

LEEFMILIEU BRUSSEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Charles-Henri de La Vallée Poussin en
Jan van Riet
kantoor houdend te 1050 Brussel
Eugène Flageyplein 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 september 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van Leefmilieu Brussel van ongekende datum waarnaar wordt verwezen in het schrijven van Leefmilieu Brussel d.d. 5 september 2023 en waarbij wordt beslist om de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp 'Renovatie van de renbaan en historische omheining van de renbaan van Bosvoorde' […] te gunnen aan de NV Heyrman-De Roeck […] en niet aan 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 5 oktober 2023.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Joris Wouters en Geert Van Engelgem, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Jan van Riet, die in eigen naam verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Gregoire Ryelandt die *loco* advocaat Charles-Henri de La Vallée Poussin verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest andersluidend 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 ‘Renovatie van de renbaan en de historische omheining van de renbaan van Bosvoorde’.

Er wordt gekozen voor een openbare procedure met de prijs als enig gunningscriterium.

3.2. In het kader van een eerste plaatsingsprocedure dienen vier inschrijvers een offerte in, waaronder de verzoekende partij en de nv Heyrman-De Roeck, naast de inschrijvers M. en L.

Bij beslissing van 28 november 2022 worden de offertes van de inschrijvers nv Heyrman-De Roeck, M. en L. onregelmatig verklaard wegens het

niet voegen van een sociale clausule omtrent onderaannemers, en wordt de opdracht gegund aan de verzoekende partij, zijnde de enige inschrijver met een regelmatige offerte, tegen een offertebedrag van 905.791,36 euro (inclusief btw).

Deze eerste gunningsbeslissing wordt in haar tenuitvoerlegging geschorst bij arrest nr. 255.545 van 20 januari 2023. In dit arrest wordt overwogen dat de verwerende partij, door in het gunningsverslag, zonder enige nadere toelichting, te oordelen dat het bijvoegen van de betrokken nota inzake de omheining slechts een niet-substantiële onregelmatigheid vormt, terwijl zij het niet-voegen van de ondertekende verbintenis van een sociale inschakelings-onderneming wél als dusdanig beschouwt, de inschrijvers op het eerste gezicht niet gelijk heeft behandeld wat de naleving van artikel I.8 ‘Vorm en inhoud van de offerte’ van het bestek betreft.

3.3. De opdracht wordt (opnieuw) aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 21 april 2023.

3.4. Vijf inschrijvers dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij en de nv Heyrman-De Roeck, A., M. en K.

3.5. Bij brief van 6 juni 2023 vraagt de verwerende partij aan de nv Heyrman-DeRoeck en aan de verzoekende partij een prijsverantwoording voor hun totale offerteprijzen, met toepassing van artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit van 8 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna koninklijk besluit plaatsing 2017). Er wordt gesteld dat bij nazicht van hun offertes blijkt dat hun inschrijvingsbedrag meer dan 15% naar beneden afwijkt van het gemiddelde van de ingediende offertes.

De nv Heyrman-De Roeck bezorgt haar prijsverantwoording bij brief van 19 juni 2023, en de verzoekende partij de hare bij brief van 16 juni 2023.

3.6. Op 3 juli 2023 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Vier van de vijf inschrijvers worden geselecteerd.

De offerte van A. wordt niet geselecteerd omdat A. slechts beschikt over een erkenning categorie G klasse 4 die de toestemming geeft werken uit te voeren tot 900.000 euro (exclusief btw), terwijl hij een offerte met een hoger bedrag heeft uitgebracht.

Wat de regelmatigheid van de vier overige offertes betreft, wordt in het gunningsverslag het volgende vermeld inzake het prijsonderzoek:

> "3.3. Controle van de prijzen van de offertes van de geselecteerde inschrijvers
> De bedragen van de offertes (€ inclusief btw) staan vermeld in de volgende tabel volgens het pv van de opening van de offertes en vóór de analyse:
>
> | Nr | Naam | Bedrag incl. BTW |
> |---|---|---|
> | 1 | Heyrman – De Roeck | 700.751,16 € |
> | 2 | [K.] | 1.178.467,86 € |
> | 3 | [M.] | 1.174.105,35 € |
> | 4 | Sportinfrabouw | 724.452,89 € |
>
> Overeenkomstig de artikelen 33 e.v. van het koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren heeft het opdrachtgevend bestuur een controle uitgevoerd van de prijzen van de offertes van de geselecteerde inschrijvers.
>
> Hierbij heeft het opdrachtgevend bestuur geen rekenkundige of materiële fout ontdekt.
>
> Overeenkomstig artikel 36 § 4 van voormeld koninklijk besluit van 18 april 2017 heeft het opdrachtgevend bestuur een prijs- of kostenonderzoek uitgevoerd overeenkomstig de paragrafen 2 en 3 van hetzelfde artikel, voor elke offerte waarvan het totale bedrag minstens vijftien procent lager ligt dan het gemiddelde van de bedragen van de door de inschrijvers ingediende offertes, in dit geval de offertes van Heyrman – De Roeck en Sportinfrabouw.
>
> Het opdrachtgevend bestuur heeft de offertes van de inschrijvers zorgvuldig geanalyseerd door ze te vergelijken met de marktprijzen, de prijzen die het opdrachtgevend bestuur ontving in het kader van gelijkaardige opdrachten en zijn raming.

Het opdrachtgevend bestuur was na deze eerste nauwgezette analyse van oordeel dat de inschrijvers van wie de offerte minstens vijftien procent onder het gemiddelde afweek, ondervraagd moesten worden met betrekking tot de aldus voorgestelde totale prijs (zoals artikel 36, § 2, vijfde lid van het KB van 18 april 2017 evenals de rechtspraak van de Raad van State toelaat), aangezien de analyse post per post geen vermoeden van een afwijking aan het licht heeft gebracht die een meer specifieke targeting van bepaalde eenheidsprijzen rechtvaardigt.

Het opdrachtgevend bestuur nodigde daarom deze twee inschrijvers uit, per aangetekend schrijven van 6 juni 2023, op 7 juni 2023 bij de post gedeponeerd, om het totale bedrag van hun offerte te verantwoorden binnen een termijn van twaalf kalenderdagen.

De inschrijver Heyrman – De Roeck Nv bezorgde zijn bewijsstukken per brief van 19 juni 2023, dus binnen de gestelde termijn. De bewijsstukken worden daarom als ontvankelijk beschouwd.

De inschrijver van Sportinfrabouw Nv heeft bij brief van 16 juni 2023, dus binnen de gestelde termijn, de bewijsstukken verzonden. De bewijsstukken worden daarom als ontvankelijk beschouwd.

▪ Betreffende de inschrijver Heyrman – De Roeck Nv:
De rechtvaardigingen met betrekking tot de totale prijs van zijn offerte zijn in overeenstemming met de vereisten van artikel 36 § 2, derde lid van het koninklijk besluit van 18 april 2017, waarbij de inschrijver preciseringen gaf met betrekking tot de volgende elementen:

1. De doelmatigheid van het bouwproces, het productieproces van de producten of de dienstlevering en de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarover de inschrijver beschikt om het werk uit te voeren (art. 36 § 2, derde lid, 1° en 2° K.B. 18/04/2017): de inschrijver wijst in dit verband op de ervaring van zijn werknemers en hun gewoonte om effectief samen te werken op de verschillende werven die hen zijn toevertrouwd; de inschrijver vermeldt tevens dat zijn prijzen zijn berekend op basis van berekeningen van de kosten en het rendement van eerder uitgevoerde werken in opdracht van Leefmilieu Brussel, en geeft daarvan voorbeelden. De inschrijver geeft ook voorbeelden buiten het opdrachtgevend bestuur; de inschrijver getuigt ook dat hij de afgelopen jaren heeft geïnvesteerd in het zoeken naar de beste uitvoeringsmethoden en in de aankoop van machines, materialen, alsook in de drastische vermindering van het verbruik en de CO_2-uitstoot van hun machines. Aan het einde van deze toelichting bevestigt de inschrijver dat hij ook de prijzen heeft gecontroleerd en dat hij geen materiële of andere fouten heeft ontdekt bij het opstellen van zijn offerte.

2. De inschrijver legt verschillende interne documenten voor waarmee hij kan aantonen dat hij voldoet aan de verplichtingen bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de wet die van toepassing is op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht, met inbegrip van de verplichtingen inzake welzijn, lonen en socialezekerheidsrecht.

Uit de analyse van de door de inschrijver verstrekte bewijsstukken blijkt dat de prijs van diens offerte niet abnormaal is en hem in staat stelt om de verplichtingen die voortvloeien uit het bestek uit te voeren in overeenstemming met de technische specificaties van de sector en de regels van de kunst.

▪ Betreffende de inschrijver Sportinfrabouw Nv:
De rechtvaardigingen met betrekking tot de totale prijs van zijn offerte zijn volledig in overeenstemming met de vereisten van artikel 36 § 2, derde lid van het koninklijk besluit van 18 april 2017, waarbij de inschrijver preciseringen gaf met betrekking tot de volgende elementen:

1. De doelmatigheid van het bouwproces, het productieproces van de producten of de dienstlevering en de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarover de inschrijver beschikt om het werk uit te voeren (art. 36 § 2, derde lid, 1° en 2° K.B. 18/04/2017): de inschrijver heeft de precieze details van zijn berekening, post per post, voorgelegd, wat hem ertoe heeft gebracht om naast zijn offerte ook de globale prijs voor te stellen. Zo heeft de inschrijver de omrekening van de kostprijs naar de verkoopprijs toegelicht, met vermelding van het percentage van de uitvoeringskosten, het percentage voor de algemene kosten, de winst en het risico. Om zijn tabellen te objectiveren, heeft de inschrijver bepaalde bestekken van de materialen gemaakt, evenals meer specifieke offertes, met name wanneer speciale apparatuur wordt gebruikt.

2. Uit de precieze en gedetailleerde gegevens die door de inschrijver zijn verstrekt, met name met betrekking tot de uurkosten van het personeel, blijkt dat deze laatste de verplichtingen naleeft met betrekking tot de naleving van het arbeidsrecht en het sociaal recht.

Uit de analyse van de door de inschrijver verstrekte bewijsstukken blijkt dat de prijs van diens offerte niet abnormaal is en hem in staat stelt om de verplichtingen die voortvloeien uit het bestek uit te voeren in overeenstemming met de technische specificaties van deze opdracht voor werken en de regels van de kunst.”

Vervolgens komt de verwerende partij tot volgende eindrangschikking van de offertes:

"3.4. Vergelijking en rangschikking van de offertes

N°	Naam	Bedrag incl. btw
1	Heyrman-De Roeck	700.751,16 €
2	Sportinfrabouw	724.452,89 €
3	[M.]	1.174.105,35 €
4	[K.]	1.178.467,86 €

"

Er wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Heyrman-De Roeck.

3.7. Op 17 augustus 2023 beslist de verwerende partij, met verwijzing naar het gunningsverslag, om de opdracht te gunnen aan de nv Heyrman-De Roeck.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

3.8. Met een brief van 5 september 2023 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat de opdracht werd gegund aan de nv Heyrman-De Roeck, met als bijlage het gunningsverslag van 3 juli 2023.

Pas in de loop van de voorliggende procedure wordt, op vraag van het auditoraat, de bestreden gunningsbeslissing van 17 augustus 2023 zelf als stuk bij het administratief dossier gevoegd en heeft de verzoekende partij er aldus kennis van kunnen nemen.

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 het enig middel

Standpunt van de partijen

5. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4 en 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 gelijkheidsbeginsel, de formele- en materiëlemotiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel,

> “Doordat verwerende partij de opdracht heeft gegund aan inschrijver Heyrman-De Roeck 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 Heyrman-De Roeck NV meer dan 15% afweek van de gemiddelde totale offerteprijs en aanvankelijk als schijnbaar abnormaal beschouwd werd; Dat een prijsverantwoording is gevraagd waarna verwerende partij beslist heeft de offerte van inschrijver Heyrman-De Roeck NV als regelmatig te beschouwen; Dat niet in een afdoende motivering wordt voorzien waaruit blijkt waarom het vermoeden van abnormaliteit van de totaalprijs is weerlegd geworden; Dat uit de prijsverantwoording niet blijkt dat Heyrman-De Roeck NV cijfermatige gegevens heeft verstrekt, noch gegevens die een onderscheidend karakter vertonen opzichtens de andere inschrijvers ;
>
> Terwijl verwerende partij de prijsverantwoording vanwege inschrijver Heyrman-De Roeck NV niet mocht aanvaarden nu deze inschrijver het schijnbaar abnormaal karakter van [zijn] totaalprijs niet afdoende heeft weerlegd; Dat verwerende partij gehouden was de ontvangen

prijsverantwoording van inschrijver Heyrman-De Roeck NV zorgvuldig te onderzoeken en te beoordelen; Dat de verwerende partij alleszins gehouden is haar beslissing tot gunning van de opdracht en in het bijzonder de aanvaarding van de prijsverantwoording vanwege inschrijver Heyrman-De Roeck NV behoorlijk en afdoende te motiveren; Dat dit niet alleen volgt uit de op verwerende partij rustende formele motiveringsverplichting doch ook, voor wat betreft de aanvaarding van de prijsverantwoording van de totaalprijs, uit artikel 36 § 3 lid 1, 3° van het KB van 18 april 2017 Plaatsing Overheidsopdrachten Klassieke Sectoren; Dat het derhalve niet vaststaat dat de opdracht is gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte;

Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wetsbepalingen en beginselen schendt."

In haar toelichting stelt de verzoekende partij dat de vraag rijst of "de prijsverantwoording van de nv Heyrman-De Roeck afdoende is" en "of de motivering van de verwerende partij om deze prijsverantwoording te aanvaarden deugdelijk is gemotiveerd".

5.1. Volgens de verzoekende partij blijkt uit het gunningsverslag dat de gekozen inschrijver de volgende elementen heeft verschaft om haar schijnbaar abnormale prijs te verantwoorden: de ervaring van de werknemers en hun gewoonte om effectief samen te werken, de berekening van de prijzen op basis van de kosten en het rendement van eerder uitgevoerde werken, de investering in het zoeken naar de beste uitvoeringsmethode en in de aankoop van machines, alsook in de vermindering van de CO_2-uitstoot van de machines, en ten slotte de bevestiging dat de inschrijver zijn prijzen heeft gecontroleerd en hij geen materiële of andere fouten heeft ontdekt.

De verzoekende partij stelt dat op grond van rechtspraak van de Raad van State de inschrijver de nodige concrete elementen dient te verschaffen die een onderscheidend karakter aantonen ten opzichte van de andere inschrijvers en hem aldus een concurrentieel voordeel opleveren. Te dezen wordt volgens haar niet aangetoond hoe de voornoemde elementen de gekozen inschrijver specifiek voor de voorliggende opdracht een prijsvoordeel opleveren in vergelijking met de andere inschrijvers. Immers, ook de andere inschrijvers, in het bijzonder de verzoekende partij, zijn specialist in de uit te voeren werken en zijn geenszins

kleine spelers. Alle andere inschrijvers hebben uiteraard eveneens vele opdrachten in het verleden uitgevoerd. Ook alle andere inschrijvers beschikken over de ervaring van hun werknemers. Dat werknemers de gewoonte hebben om effectief samen te werken is nogal evident. Eveneens spreekt het voor zich dat een onderneming innoveert en telkens op zoek gaat naar de beste uitvoeringsmethode. Er wordt niet uitgelegd hoe het beweerd zoeken naar de beste uitvoeringsmethode onderscheidend is ten opzichte van de andere inschrijvers en hoe dit bijdraagt tot een lage prijs. Er wordt niet uitgelegd hoe de reductie van CO_2 een dalende impact heeft op de totaalprijs, het tegendeel lijkt eerder waar. Een loutere bevestiging van de prijzen en een controle op fouten in de prijsopgave vormen geen prijsverantwoordingselement.

Met betrekking tot de aangevoerde ervaring van de werknemers en de prijzen van eerdere werken, wijst de verzoekende partij erop dat de gekozen inschrijver haar na de kennisgeving van de gunningsbeslissing heeft gecontacteerd met de vraag om "mogelijks toch nog een deel van de werken […] uit [te] voeren". Volgens de verzoekende partij blijkt hieruit dat de gekozen inschrijver klaarblijkelijk niet over de vereiste middelen beschikt om de opdracht uit te voeren zoals hij liet uitschijnen in zijn prijsverantwoording, minstens dat de beweerde ervaring van de werknemers geen verantwoordingselement kan zijn voor de schijnbaar abnormaal lage prijs.

De verzoekende partij stelt voorts vast dat de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver klaarblijkelijk geen cijfermatige toelichting of onderbouwing bevat. Er wordt niet cijfermatig toegelicht hoe de voornoemde elementen kunnen leiden tot de wel zeer lage totaalprijs.

De verwerende partij mocht bijgevolg niet besluiten dat de prijs van de gekozen inschrijver niet abnormaal zou zijn. Er zijn voor dit besluit geen motieven voorhanden die juist, draagkrachtig en correct zijn.

5.2. De verzoekende partij vervolgt dat minstens sprake is van een schending van de formele motiveringsplicht. Deze vereiste houdt in dat, indien de aanbestedende overheid abnormale prijzen vaststelt en om een

prijsverantwoording verzoekt, zij in de gunningsbeslissing moet weergeven welke argumenten haar ertoe hebben gebracht de offerte alsnog als regelmatig te aanvaarden en waarom de totaalprijs alsnog normaal wordt bevonden. Het volstaat niet om louter de vaststellingen aangaande de prijsverantwoording in het gunningverslag te hernemen zonder enige nadere motivering.

Dit is volgens de verzoekende partij te dezen het geval. Er wordt op geen enkele wijze uitgelegd waarom de elementen in de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver, die op zichzelf reeds een niet afdoende verantwoording omvatten, toch aanvaard konden worden als rechtvaardiging van de schijnbaar abnormaal lage totaalprijs. Elke motivering ontbreekt omtrent hoe de verwerende partij de prijsverantwoording heeft beoordeeld en waarom zij meende deze te kunnen aanvaarden.

5.3. Op grond van een zorgvuldig prijsonderzoek had de verwerende partij moeten vaststellen dat de elementen uit de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver te algemeen zijn en geen onderscheidend vermogen bezitten in vergelijking met de andere inschrijvers. In dat opzicht heeft de verwerende partij de zorgvuldigheidsplicht geschonden door de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver te aanvaarden.

Daarnaast werd ook het gelijkheidsbeginsel geschonden nu enkel de verzoekende partij een afdoende en cijfermatig onderbouwde prijsverantwoording heeft verstrekt, terwijl de verwerende partij de prijsverantwoordingen van zowel de verzoekende partij als de gekozen inschrijver heeft aanvaard.

Gelet op het gebrekkig prijsonderzoek zijn ook artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, en artikel 36, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 volgens de verzoekende partij geschonden.

6. In haar nota herinnert de verwerende partij eraan dat een aanbestedende overheid over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt bij de beoordeling van de verantwoording die wordt aangevoerd om een “globale prijs”

te rechtvaardigen, beoordeling die de Raad van State enkel kan afkeuren indien het bestuur de grenzen van de redelijkheid te buiten is gegaan. Zij stelt dat de verzoekende partij te deze niet aantoont dat een dergelijke beoordelingsfout zou zijn gemaakt.

6.1. Zij merkt vooreerst op dat de vermeende abnormaliteit van de totale prijs van de offerte van de gekozen inschrijver zeer relatief is. Zij wijst erop dat de totaalprijzen van de verzoekende partij en de gekozen inschrijver zeer dicht bij elkaar liggen. Indien de totaalprijs van de gekozen inschrijver zou moeten worden afgewezen en diens offerte om die reden geweerd, dan zou het passend zijn om ook de offerte van de verzoekende partij af te wijzen. Beide voorgestelde totaalprijzen liggen ook zeer dicht bij het geraamde bedrag van de opdracht van 823.733,68 euro (btw inbegrepen). In dit geval zijn het de totaalprijzen van de twee overige inschrijver die "abnormaal hoog" lijken te zijn en die de gemiddelde totaalprijs hebben verhoogd.

6.2. Voorts stelt de verwerende partij dat de verzoekende partij de regels die van toepassing zijn op het nazicht van de "globale prijzen" miskent. Die regels zijn volgens haar minder streng dan die welke van toepassing zijn op het nazicht van de prijs van een post waarbij de prijs wordt opgesplitst per onderdeel. Het opsplitsen van de totale prijs van een offerte zou betekenen dat elke post van de opmeting of inventaris zou moeten worden gesplitst en verantwoord, wat in geval van opdrachten voor werken met enkele honderden posten onmogelijk zou zijn. De verzoekende partij vergist zich dus wanneer zij aan de door de gekozen inschrijver overgelegde rechtvaardigingen verwijt dat deze "geen cijfermatige toelichting of onderbouwing" bevatten. Het aanvoeren van "meer algemene elementen" door een inschrijver ter rechtvaardiging van een "globale prijs" – anders dan wordt verwacht van een inschrijver die één of meer posten dient te rechtvaardigen – wordt volgens de verwerende partij niet in de rechtspraak verworpen, integendeel. Zij vervolgt dat de elementen die door de gekozen inschrijver worden aangevoerd, door de rechtspraak als relevant worden beschouwd. Door de toelaatbaarheid van deze elementen te bekritiseren, verdedigt de verzoekende partij een strenge en niet werkbare opvatting van wat wordt verwacht van een inschrijver die de totale prijs van zijn offerte dient te verantwoorden.

6.3. Ten slotte betoogt de verwerende partij dat de verzoekende partij ook de omvang van de formele motiveringsplicht voor de aanbestedende overheid miskent wanneer deze de ontvangen rechtvaardigingen aanvaardt. De verzoekende partij lijkt te vereisen dat de aanbestedende overheid in detail alle economische mechanismen die meespelen dient uiteen te zetten "en die het mogelijk maken dat een verantwoording, zoals de ervaring van de werknemers, leidt tot de globale gecontroleerde prijs". Hiermee verdedigt de verzoekende partij opnieuw het idee dat de verantwoording om een "globale prijs" te rechtvaardigen cijfermatig vertaalbaar moeten zijn. Daarnaast stelt de verwerende partij dat de bestreden beslissing onweerlegbaar de motivering bevat "van de kwestie van de controle van de totaalprijzen" van de door de gekozen inschrijver en de verzoekende partij ingediende offertes. De ontvangen verantwoordingen moeten worden uiteengezet en de relevantie en volledigheid ervan moeten beoordeeld worden. Op dit punt is de motivering van de bestreden beslissing zelfs vrij uitgebreid. De verzoekende partij verwijt de verwerende partij in feite dat ze de "motieven van de motieven" niet heeft gegeven. De formele motivering in de bestreden beslissing stelt de verzoekende partij in staat te begrijpen waarom de aanbestedende overheid de door de gekozen inschrijver verstrekte verantwoording als voldoende heeft geacht.

Beoordeling

7. Overeenkomstig artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 dient de aanbestedende overheid een prijzenbevraging uit te voeren voor elke offerte waarvan het totale offertebedrag minstens vijftien procent onder het gemiddelde bedrag ligt van de door de inschrijvers ingediende offertes.

Overeenkomstig artikel 36, § 3, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 beoordeelt de aanbestedende overheid de ontvangen verantwoordingen en:

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

2° ofwel, stelt vast dat het totale offertebedrag een abnormaal karakter vertoont en weert de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid
waarmee deze behept is;
3° ofwel, motiveert in de gunningsbeslissing dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont."

De aanbestedende overheid beschikt bij de toepassing van artikel 36, § 3, van het voornoemde koninklijk besluit in beginsel 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.

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

De betrokken motieven dienen te worden veruitwendigd teneinde een controle mogelijk te maken. Indien de aanbestedende overheid een prijsverantwoording heeft gevraagd, dient zij hierover inhoudelijk standpunt in te nemen alvorens de beslissing te nemen om de gekozen inschrijver de opdracht te gunnen. Op grond van de formele motiveringsverplichting moeten in de gunningsbeslissing afdoende redenen worden opgegeven waarom een gekozen offerte na prijsonderzoek regelmatig wordt bevonden.

8. Te dezen heeft de verwerende partij, blijkens het gunnings-verslag, vastgesteld dat het totale offertebedrag in de offertes van de verzoekende

partij en de gekozen inschrijver minstens vijftien procent onder het gemiddelde bedrag van de door alle inschrijvers ingediende offertes ligt, en heeft zij bijgevolg, overeenkomstig artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, aan deze beide inschrijvers een prijsverantwoording voor hun totaalprijs gevraagd.

De prijsverantwoording van elk van de beide inschrijvers wordt vervolgens aanvaard. De prijsverantwoording opgegeven door de gekozen inschrijver wordt in het gunningsverslag aanvaard op grond van de volgende motieven:

> "De doelmatigheid van het bouwproces, het productieproces van de producten of de dienstlevering en de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarover de inschrijver beschikt om het werk uit te voeren (art. 36 § 2, derde lid, 1° en 2° K.B. 18/04/2017): de inschrijver wijst in dit verband op de ervaring van zijn werknemers en hun gewoonte om effectief samen te werken op de verschillende werven die hen zijn toevertrouwd; de inschrijver vermeldt tevens dat zijn prijzen zijn berekend op basis van berekeningen van de kosten en het rendement van eerder uitgevoerde werken in opdracht van Leefmilieu Brussel, en geeft daarvan voorbeelden. De inschrijver geeft ook voorbeelden buiten het opdrachtgevend bestuur; de inschrijver getuigt ook dat hij de afgelopen jaren heeft geïnvesteerd in het zoeken naar de beste uitvoeringsmethoden en in de aankoop van machines, materialen, alsook in de drastische vermindering van het verbruik en de CO_2-uitstoot van hun machines. Aan het einde van deze toelichting bevestigt de inschrijver dat hij ook de prijzen heeft gecontroleerd en dat hij geen materiële of andere fouten heeft ontdekt bij het opstellen van zijn offerte.
> […]
> Uit de analyse van de door de inschrijver verstrekte bewijsstukken blijkt dat de prijs van diens offerte niet abnormaal is en hem in staat stelt om de verplichtingen die voortvloeien uit het bestek uit te voeren in overeenstemming met de technische specificaties van de sector en de regels van de kunst."

9. Het komt de Raad van State voor dat uit dit gunningsverslag dat de verwerende partij zich heeft eigen gemaakt, niet blijkt dat zij de door de nv Heyrman-De Roeck verstrekte verantwoording voor de abnormaal lage totaalprijs van haar offerte met de nodige ernst en zorgvuldigheid heeft onderzocht.

Zij lijkt zich integendeel te hebben beperkt tot het hernemen van de in de brief van de nv Heyrman-De Roeck van 19 juni 2023 vermelde verantwoordingselementen voor de totaalprijs, zonder deze nader te bespreken en te evalueren zodanig dat concreet zou kunnen blijken hoe deze elementen de schijn van abnormaliteit kunnen wegnemen. De verwerende partij lijkt de door de gekozen inschrijver opgegeven elementen louter kort op te sommen, om alsdan te besluiten dat "[u]it de analyse van de door de inschrijver verstrekte bewijsstukken blijkt dat de prijs van diens offerte niet abnormaal is en hem in staat stelt om de verplichtingen die voortvloeien uit het bestek uit te voeren in overeenstemming met de technische specificaties van de sector en de regels van de kunst".

10.1. De prijsverantwoordingen, zowel deze verstrekt door de gekozen inschrijver als deze door de verzoekende partij, werden neergelegd als vertrouwelijke stukken van het administratief dossier die de Raad van State heeft kunnen inzien. Met de verzoekende partij wordt vastgesteld dat de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver geen cijfermatige toelichting of onderbouwing bevat. De berekeningen van de inschrijvingsprijzen "aan de hand van kostprijs- en rendementsclausules" van reeds uitgevoerde werken in opdracht van Leefmilieu Brussel, waarnaar de gekozen inschrijver in zijn brief van 19 juni 2023 verwijst, zijn niet als bijlage gevoegd. De stukken die wel als bijlage zijn gevoegd, lijken enkel de documenten te betreffen om aan te tonen dat de inschrijver voldoet aan de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht als bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016.

10.2. Weliswaar kunnen, zoals de verwerende partij terecht betoogt, ook niet-cijfermatige elementen tot verantwoording van een totaalprijs strekken. Dergelijke elementen dienen alsdan echter concreet aan te tonen dat de inschrijver beschikt over uitzonderlijke omstandigheden die tot gevolg hebben dat hij, in vergelijking met de andere inschrijvers, een meer gunstige prijs kan voorstellen.

De verzoekende partij lijkt op het eerste gezicht terecht te stellen dat de in het gunningsverslag opgesomde elementen zulks niet aantonen. Zo wordt in het algemeen gesteld dat de prijzen zijn berekend op basis van (berekeningen van) de kosten en het rendement van eerder uitgevoerde werken in opdracht van de verwerende partij en van andere besturen, wat op het eerste gezicht niet dienend lijkt om een schijnbaar abnormaal lage prijs te verantwoorden; minstens zijn, zoals gesteld, de berekeningen niet bijgevoegd. Voorts verwijst de gekozen inschrijver naar de ervaring van zijn werknemers en hun gewoonte om effectief samen te werken op de verschillende werven, zonder het onderscheidend karakter van die specifieke ervaring of samenwerking aan te tonen. Ook verwijst de gekozen inschrijver naar de investeringen in het onderzoek naar de beste uitvoeringsmethoden en aankoop van de (juiste) machines en materialen en in het drastisch verlagen van het verbruik en de CO_2-uitstoot van het machinepark, zonder te duiden waarom dit zo uitzonderlijk is en de andere inschrijvers daarover niet zouden beschikken. De bevestiging dat de ingediende offerte geen fouten of onregelmatigheden bevat en dat de uitvoering conform de bepalingen van het bestek zal worden uitgevoerd, lijkt als dusdanig geen enkele concrete en objectieve prijsverantwoording te bieden.

11. De verwerende partij lijkt aldus haar beoordelingsbevoegdheid om de gegeven prijsverantwoording al dan niet te aanvaarden niet op zorgvuldige wijze te hebben uitgeoefend.

Op het eerste gezicht lijken de motieven opgenomen in het gunningsverslag, waarop de bestreden beslissing is gesteund, niet van aard om de schijn van abnormaliteit die over de betrokken prijzen hangt, weg te nemen.

12. De motieven die de verwerende partij bijkomend in haar nota aanvoert, kunnen dit gebrek niet remediëren, op het gevaar af de formele motiveringsplicht volledig uit te hollen. Deze motieven zijn immers niet terug te vinden in enig stuk van het administratief dossier en de verwerende partij toont niet aan dat ze enige rol hebben gespeeld bij het nemen van de bestreden beslissing.

12.1. Bovendien lijkt de omstandigheid dat de totaalprijs van de verzoekende partij in de buurt ligt van de totaalprijs van de gekozen inschrijver, zoals de verwerende partij in haar nota opmerkt, op het eerste gezicht niet te kunnen volstaan om te besluiten dat niet deze prijzen, ondanks het wettelijk vermoeden, abnormaal laag zouden zijn, doch de totaalprijzen van de twee overige inschrijvers eerder abnormaal hoog zouden zijn.

Het doel van de regeling inzake de controle op abnormale prijzen is immers tweeledig. Enerzijds strekt deze regeling ertoe de aanbestedende overheid te beschermen, waarbij zij nagaat of de voorgestelde prijs de inschrijver wel in staat stelt om de opdracht op een kwalitatieve wijze uit te voeren, en geen verhoogd risico inhoudt op uitvoeringsgeschillen. Anderzijds strekt deze regeling ertoe de particuliere sector te beschermen, door te voorkomen dat de aanbestedende overheid gedragingen van inschrijvers goedkeurt die het normale spel van de mededinging verstoren. Er mag worden aangenomen dat abnormaal lage prijzen, prijzen zijn waarmee een inschrijver een lager prijsvoorstel doet dan wat economisch voor hem en voor de markt mogelijk is.

Te dezen is, door de vergelijking met de (slechts beperkt hogere) totaalprijs van de verzoekende partij, op zich nog niet aangetoond dat de door de gekozen inschrijver aangeboden prijs in verhouding staat tot de aangeboden prestaties en kosten, derwijze dat hij in staat is om de opdracht behoorlijk uit te voeren.

Bovendien stelt de Raad van State vast dat de verzoekende partij en de gekozen inschrijver naar aanleiding van de vordering tot schorsing gericht tegen de eerste plaatsingsprocedure – die heeft geleid tot het voornoemd arrest nr. 255.545 – kennis hebben gekregen van elkaars totale offerteprijzen die zij hebben ingediend tijdens die eerste plaatsingsprocedure. Dit laat weliswaar toe te veronderstellen dat zij allebei, anders dan de andere inschrijvers die een (veel) hogere totaalprijs hebben ingediend, een competitieve prijs hebben kunnen

indienen in het kader van de nieuwe plaatsingsprocedure. Doch ook in het kader van de eerste gunningsbeslissing van 28 november 2022 hadden de verzoekende partij en de gekozen inschrijver reeds lagere totaalprijzen aangeboden dan de overige inschrijvers, zonder dat de verwerende partij een prijsverantwoording heeft gevraagd aangezien de offerte van de nv Sportinfrabouw toen als enige regelmatig werd verklaard.

12.2. Voorts kan de stelling van de verwerende partij in haar nota dat de beide voorgestelde totaalprijzen "ook zeer dicht bij het geraamde bedrag van de opdracht van 823.733,68 euro (btw inbegrepen) [liggen]", op het eerste gezicht niet worden bijgevallen. Overigens lijkt de verzoekende partij daaromtrent ter zitting terecht te stellen dat deze omstandigheid geen afbreuk zou doen aan het wettelijk vermoeden van abnormaliteit dat aan deze totaalprijzen kleeft overeenkomstig artikel 36, § 4 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, en deze prijzen bijgevolg in ieder geval nader dienden te worden onderzocht. Een verwijzing naar de raming op zichzelf kan de afwijking ten opzichte van het wettelijk gemiddelde bijgevolg niet verklaren.

Voor zover de verwerende partij in haar nota opwerpt dat "indien de totaalprijs van de gekozen inschrijver zou moeten worden afgewezen en diens offerte om die reden geweerd", ook de offerte van de verzoekende partij moet worden afgewezen, volstaat de vaststelling dat de door de verzoekende partij verstrekte prijsverantwoording in het gunningsverslag is aanvaard, en dit niet het voorwerp uitmaakt van het voorliggend geschil. De verwerende partij kan zich thans niet voor het eerst op een vermeende onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij beroepen.

13. Uit wat voorafgaat, lijkt op het eerste gezicht te volgen dat de verwerende partij niet met de vereiste zorgvuldigheid de prijsverantwoording van de totaalprijs van de offerte van de gekozen inschrijver heeft onderzocht, en dat bijgevolg de motivering om te besluiten tot de normaliteit van die totaalprijs niet deugdelijk lijkt.

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

V. De impliciete weigeringsbeslissing

15. Voor zover de vordering moet worden geacht ook te zijn gericht tegen de beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen, is ze niet ontvankelijk.

De verzoekende partij zet immers niet uiteen, en toont bijgevolg in de huidige stand van de procedure ook niet aan, dat het in de hiervoor aangegeven mate ernstig bevonden middel ook tot de uitzonderlijke vaststelling zou moeten leiden dat de verwerende partij geen andere keuze meer had dan de opdracht aan haar te gunnen.

VI. Kosten

16. 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. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van Leefmilieu Brussel van 17 augustus 2023 waarbij de opdracht 'Renovatie van de renbaan en historische omheining van de renbaan van Bosvoorde' wordt gegund aan de nv Heyrman-De Roeck.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op twintig oktober tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Patricia De Somere**