RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 258.674 van 1 februari 2024
in de zaak A. 240.800/XII-9443

In zake: de NV AERTSSEN INFRA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2600 Berchem - Antwerpen
Borsbeeksebrug 36 bus 9
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV DE VLAAMSE WATERWEG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Laura Kempeneers
kantoor houdend te 3730 Hoeselt
Dorpsstraat 3, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV HERBOSCH-KIERE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2650 Edegem
Mechelsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 december 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de nv De Vlaamse Waterweg van 6 december 2023 waarbij de opdracht voor werken ‘Beneden-Dijle L.O. te Heindonk (Willebroek). Bouw van het gecontroleerd overstromingsgebied ‘Tien Vierendelen’ Fase 2: dijkwerken’, voorwerp van het bestek nr. ARC-23-0005, wordt gegund aan de nv Herbosch-Kiere.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 8 januari 2024 heeft de nv Herbosch-Kiere gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 16 januari 2024.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Laura Kempeneers, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Joost Bosquet en Julie Philtjens, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De nv De Vlaamse Waterweg (verwerende partij) schrijft in augustus 2023 een overheidsopdracht uit voor werken onder de benaming “Realisatie Geactualiseerd Sigmaplan – Beneden-Dijle LO [linkeroever] te Heindonk (Willebroek) – Bouw van het gecontroleerd overstromingsgebied ‘Tien Vierendelen’ – Fase 2: dijkwerken”.

De verwerende partij kiest voor de openbare procedure als plaatsingsprocedure.

De opdracht wordt nationaal bekendgemaakt.

3.2. Het bestek met nummer ARC-23-0005 is van toepassing.

De werken worden onder deel I, ‘Administratieve bepalingen’, zeer algemeen beschreven als volgt: “De opdracht omvat op hoofdlijnen de bouw van een nieuwe ringdijk, de ombouw van de rivierdijk tot overloopdijk en het aanpassen van het afwateringsstelsel van het hinterland.”

De werken worden in detail beschreven onder deel II, ‘Technische bepalingen’. Onderdeel 22 daarvan gaat over ‘grondwerk aan waterwegen’.

De prijs is het enige gunningscriterium.

3.3. Acht ondernemingen dienen een offerte in, waaronder de nv Aertssen Infra (verzoekende partij) en de nv Herbosch-Kiere (tussenkomende partij).

Na de verbetering van de offertes blijkt dat het totale offertebedrag van drie offertes meer dan 15 % onder het gemiddelde ligt, berekend conform artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017). Dit is het geval voor de offertes van de nv Aertssen Infra, de nv Herbosch-Kiere en een derde inschrijver (nv S.). Hun inschrijvingsprijzen en de afwijkingen ten opzichte van de gemiddelde prijs zijn de volgende:

Naam inschrijver	Prijs, excl. btw	% afwijking t.o.v. gemiddelde
Herbosch-Kiere	€ 324.922,50	-75,24%
Aertssen Infra	€ 943.139,07	-28,13%
S.	€ 1.094.508,64	-16,59%

3.4. Op 28 september 2023 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij, de tussenkomende partij en de nv S. een prijsverantwoording voor hun totale offertebedrag en voor de eenheidsprijzen van de volgende posten:

- nv Aertssen Infra: posten 58, 59, 60, 61, 62 en 63
- nv Herbosch-Kiere: posten 58, 59, 60, 62 en 63
- nv S.: posten 58, 59, 60, 61, 62 en 81

Zoals blijkt uit de meetstaat, hebben de posten 58, 59, 60 en 62 betrekking op door de aannemer te verrichten werken inzake ophogen, dempen en afdekken aan de ringdijk, met materiaal dat door hem te leveren is. Post 58 gaat over 196.095,5 m³ te leveren materiaal voor ophoging, post 59 over 8.515,55 m³ te leveren materiaal voor demping, post 60 over 9.550,29 m³ te leveren materiaal voor demping, en post 62 over 4.500,00 m³ te leveren materiaal voor afdekking. Volledigheidshalve kan nog vermeld worden dat post 63 gaat over afdekking met teelaarde afkomstig van de werf (en dus niet aan te leveren door de aannemer).

3.5. Alle inschrijvers bezorgen tijdig een prijsverantwoording.

In haar prijsverantwoording van 10 oktober 2023 verklaart de tussenkomende partij onder meer dat zij voor het aanleveren van gronden een exclusieve samenwerking is aangegaan met een bepaalde onderneming, en dat zij zeer voordelige storttarieven voor de grondaanleveringen kan aanbieden.

Op verzoek van de verwerende partij geeft de afdeling Algemene Technische Ondersteuning (hierna: ATO) van het departement Mobiliteit en Openbare Werken op 21 oktober 2023 advies over de door de drie inschrijvers verstrekte prijsverantwoordingen.

Op 25 oktober 2023 vraagt de verwerende partij aan de tussenkomende partij om een bepaald punt in verband met de kwaliteit van de aan te leveren grond te preciseren. De tussenkomende partij bezorgt de gevraagde precisering op 27 oktober 2023.

Op 24 november 2023 schrijft de verwerende partij de tussenkomende partij opnieuw aan. Zij stelt vast dat de offerte van haar leverancier voor het aanleveren van grond geldig was tot 4 november 2023. Zij vraagt aan de tussenkomende partij dat deze bij haar leverancier een verlenging van de geldigheidsduur van haar offerte tot 31 januari 2024 zou vragen. Op 27 november 2023 bezorgt de tussenkomende partij een schrijven van haar leverancier, waarbij deze de geldigheidsduur van haar offerte verlengt, als gevraagd.

3.6. Een gunningsverslag wordt opgesteld, gedateerd op 6 december 2023.

3.6.1. Onder het opschrift ‘Algemeen regelmatigheidsonderzoek’ wordt in het verslag enkel opgemerkt dat er “in deze fase geen onregelmatigheden [werden] vastgesteld”.

3.6.2. Onder het opschrift ‘Prijsonderzoek (art 35-37 KB Plaatsing)’ wordt bij wijze van inleiding het volgende overwogen:

> “We stellen vast dat er een zeer grote spreiding zit op de totale offertebedragen. De laagste en de hoogste offerte schelen meer dan een factor 10. Onderhavige opdracht omvat onder meer de levering van significante hoeveelheden grond. Grond is momenteel een materiaal met een negatieve marktprijs: aannemers ontvangen een som om gronden over te nemen. Bepaalde inschrijvers zijn daardoor in staat om met negatieve eenheidsprijzen in te schrijven op desbetreffende posten. Hierdoor ontstaat er een significant verschil tussen het totale inschrijvingsbedrag (het saldo van positieve en negatieve prijzen) en de absolute waarde van de inschrijving.
> De volgende [offertes liggen] meer dan 15% onder het voornoemde gemiddelde offertebedrag:
> - Herbosch-Kiere nv
> - Aertssen Infra nv
> - S. nv
> In de volgende [offertes] werden bovendien schijnbaar abnormale eenheidsprijzen vastgesteld:
> - Herbosch-Kiere nv
> - Aertssen Infra nv
> - S. nv

Op 28/09/2023 werd aan Herbosch-Kiere nv, Aertssen Infra nv en S. nv een prijsverantwoording gevraagd voor het totale offertebedrag en de eenheidsprijzen van enkele onderliggende posten:
- Aertssen Infra nv: posten 58, 59, 60, 61, 62 en 63
- Herbosch-Kiere nv: posten 58, 59, 60, 62 en 63
- S. nv: posten 58, 59, 60, 61, 62 en 81
Alle inschrijvers hebben deze prijsverantwoording tijdig bezorgd."

3.6.3. In verband met de prijsverantwoording door de tussenkomende partij wordt het volgende overwogen:

"3.3.1.1. Verantwoording van het offertebedrag
Herbosch-Kiere haalt een zestal argumenten aan ter verantwoording van het offertebedrag.
1. 'Herbosch-Kiere beschikt over de expertise voor alle technische facetten.'
Herbosch-Kiere meldt dat zijn ervaring en expertise voor alle technische facetten van deze opdracht bijgedragen heeft tot 'een correcte inschatting van de uitvoeringsmethodes, rendementen, prijzen en risico's'. Concrete elementen die controleerbaar zijn en die het vermoeden van een schijnbaar merkwaardige prijs kunnen weerleggen brengt Herbosch-Kiere hierbij evenwel niet aan. Argumenten zoals ervaring kunnen in het kader van de kwalitatieve selectie misschien een rol spelen, maar zijn an sich onvoldoende om zeer lage prijzen te kunnen rechtvaardigen. Bovenvermelde elementen zijn bovendien ook van toepassing op de andere geselecteerde inschrijvers: ook zij zijn actief in dezelfde sectoren (cf. erkenning aannemers). Dit element volstaat op zichzelf genomen bijgevolg niet als afdoende prijsverantwoording voor het offertebedrag.
2. 'Herbosch-Kiere heeft in het verleden reeds bewezen soortgelijke werken te kunnen uitvoeren.'
Herbosch-Kiere geeft een overzicht van al zijn reeds uitgevoerde en soortelijke werken. Louter verwijzen naar andere opdrachten volstaat evenmin als verantwoording. Het afwijkende prijsniveau van het offertebedrag wordt hierdoor niet verklaard.
3. 'Herbosch-Kiere is voldoende vertrouwd met het waterregime en de exploitatie van de kades.'
Herbosch-Kiere geeft aan een zeer goede kennis te hebben van de locatie door uitgevoerde werken in de omgeving. Deze kennis kan vanzelfsprekend een voordeel opleveren, maar omdat Herbosch-Kiere nalaat om dit te concretiseren en te kwantificeren, kan er louter op basis van deze bewering niet geoordeeld worden in welke mate dit zgn. voordeel het vermoeden van een schijnbaar abnormaal offertebedrag kan weerleggen.
4. 'Herbosch-Kiere zal het belangrijkste deel van de werken uitvoeren met eigen mensen en materieel.'
Herbosch-Kiere geeft aan dat de werken hoofdzakelijk zullen worden uitgevoerd met eigen materieel en personeel. Dit blijkt ook uit de

verantwoording van de eenheidsprijzen. Verdere verduidelijkingen omtrent de impact op de concurrentiepositie haalt deze inschrijver evenwel niet aan. Bovendien is het beschikken over eigen materieel, zoals opgesomd door Herbosch-Kiere in de verantwoording van de eenheidsprijzen, niet exceptioneel voor opdrachtnemers die dergelijke werken uitvoeren. Dit element volstaat op zichzelf genomen bijgevolg niet als afdoende prijsverantwoording voor het offertebedrag.

5. 'Herbosch-Kiere houdt het nodige materieel in eigen bezit zodat het niet extern dient gehuurd te worden.'

Herbosch-Kiere geeft ook aan materieel niet extern te moeten huren. Vanzelfsprekend kan dit een impact hebben op de prijs(zetting), maar ook hier ontbreekt een cijfermatige toelichting. De impact ervan op het offertebedrag licht Herbosch-Kiere niet toe. Zoals in het vorige punt reeds werd aangehaald, is het beschikken over eigen materieel niet exceptioneel voor opdrachtnemers die dergelijke werken uitvoeren. Dit element volstaat op zichzelf genomen bijgevolg niet als afdoende prijsverantwoording voor het offertebedrag.

6. 'Herbosch-Kiere is een exclusieve samenwerking aangegaan […].'

Ten slotte verwijst Herbosch-Kiere naar de exclusieve samenwerking met een leverancier van gronden waardoor zij zeer voordelige 'storttarieven' kunnen aanbieden voor de grondaanleveringen. Voor deze opdracht hebben de 'storttarieven' een grote impact op het offertebedrag, gelet op de omvang van het volume aan te leveren gronden. Deze 'storttarieven' bepalen dan ook in grote mate het totale offertebedrag en kunnen zeker een verklaring bieden voor de verschillen ten opzichte van de andere inschrijvers en dus ook de afwijking ten opzichte van het gemiddelde volgens art. 36, § 4 van het KB Plaatsing. Zo kan in dit verband worden opgemerkt dat de opgegeven prijs voor post 58 al in overgrote mate het totale prijsverschil tussen de offerte van Herbosch-Kiere en de offerte van Aertssen Infra verklaart. Het is derhalve duidelijk dat de storttarieven voor de grondaanleveringen een aanzienlijke impact hebben op de totale offertebedragen. In de beoordeling van de verantwoording voor de eenheidsprijzen en/of globale prijzen wordt nader ingegaan op het gegeven of de betrokken 'storttarieven' per post aanvaard kunnen worden.

3.3.1.2. Verantwoording voor de eenheidsprijzen en/of globale prijzen

3.3.1.2.1. Vaak voorkomende elementen in de samenstelling van de eenheidsprijzen en/of globale prijzen

Uit de voorgelegde documenten blijkt dat Herbosch-Kiere een toeslag voor algemene kosten, winst en risico van …% toepast op eigen werk. Op de onderaannemingskosten werd een percentage van …% in rekening gebracht en op de levering van de gronden (zgn. storttarieven) werd …% gerekend. Deze percentages zijn vergelijkbaar met courant gangbare percentages.

Herbosch-Kiere vermeldt de kosten voor de inzet van arbeiders niet afzonderlijk in de prijsverantwoording.

Een rechtstreekse beoordeling van het prijsniveau is dan ook niet mogelijk. De eenheidsprijs van Herbosch-Kiere voor post 125 – 'Ter beschikking stellen van arbeidskrachten, voor de uitvoering van

onvoorziene werken, volgens dienstbevel volgens 9-20, alle graden (geoefenden, geschoolden 1ste en 2de graad)' – is wel een normale prijs.
De eenheidsprijzen voor het in te zetten materieel (incl. operator) werden afgetoetst tegen courant gangbare verkoopprijzen op basis van historische data. Hieruit blijkt dat een normaal prijsniveau werd gehanteerd.
3.3.1.2.2. Specifieke beoordeling van de verantwoording voor post 58 - Ophoging, met ophogings- en aanvullingsmateriaal, geleverd door de aannemer
Uit de verantwoording voor post 58 – 'Ophoging, met ophogings- en aanvullingsmateriaal, geleverd door de aannemer' - blijkt dat de grond voor de ophoging zal geleverd worden door een leverancier met wie Herbosch-Kiere een exclusieve samenwerking zal aangaan. De milieuhygiënische kwaliteit van de te leveren grond is in overeenstemming met de vigerende regelgeving. De gehanteerde 'stortvergoeding' is onderbouwd middels een recente offerte vanwege de betrokken leverancier die specifiek is toegespitst op de aan te leveren gronden (en hoeveelheden) voor deze opdracht. Hieruit blijkt duidelijk de bereidheid van de betrokken leverancier om de gronden aan te leveren en welke prijzen de betrokken leverancier hiervoor aan Herbosch-Kiere betaalt. Deze offerte was evenwel maar geldig tot 4 november 2023. Om deze reden heeft de aanbestedende overheid op 24 november 2023 aan Herbosch-Kiere gevraagd of de geldigheid van de betrokken offerte inmiddels verlengd werd. Naar aanleiding hiervan heeft Herbosch-Kiere tijdig het bewijs geleverd dat de geldigheid van de offerte van de leverancier van de gronden verlengd werd tot 31 januari 2024. Aangezien er net een prijs betaald wordt door de leverancier van de gronden om de gronden te kunnen leveren, is de aanbestedende overheid van oordeel dat de geldende offerte van de betrokken leverancier voor de gronden die aangeleverd moeten worden in het kader van deze opdracht volstaat als prijsverantwoording voor de aanlevering van de gronden.
Ten slotte blijkt uit de verantwoording dat Herbosch-Kiere zelf zal instaan voor het lossen van de schepen, het transport naar de verwerkingslocatie en de eigenlijke verwerking. Hiervoor voorziet de inschrijver een realistisch en haalbaar rendement.
Gelet op de voorgaande overwegingen kan de gegeven prijsverantwoording voor post 58 aanvaard worden.
3.3.1.2.3. Specifieke beoordeling van de verantwoording voor post 59 - Demping, met dempingsmateriaal, geleverd door de aannemer: grachten
De milieuhygiënische kwaliteit van de te leveren grond is in overeenstemming is met de vigerende regelgeving.
Ook voor de levering van deze gronden zal Herbosch-Kiere een beroep doen op de leverancier waarmee hij een exclusieve overeenkomst aangaat (cfr. post 58). Het ingecalculeerde 'storttarief' wordt onderbouwd met een offerte, hetgeen, zoals vermeld bij de beoordeling van de prijsverantwoording voor post 58, volstaat als prijsverantwoording.
Voor het lossen van de schepen, het transport naar de verwerkingslocatie en de eigenlijke verwerking gaat Herbosch-Kiere uit van een realistisch en haalbaar rendement.

De gehanteerde prijzen voor de inzet van materieel inclusief operatoren zijn normaal (cfr. 3.3.1.2.1).
Gelet op de voorgaande overwegingen kan de gegeven prijsverantwoording voor post 59 aanvaard worden.
3.3.1.2.4. Specifieke beoordeling van de verantwoording voor post 60 – Demping, met dempingsmateriaal, geleverd door de aannemer: noordwestelijke vijver fase 1
De milieuhygiënische kwaliteit van de te leveren grond is in overeenstemming met de vigerende regelgeving.
Ook voor de levering van deze gronden zal Herbosch-Kiere een beroep doen op de leverancier waarmee hij een exclusieve overeenkomst aangaat (cfr. post 58). Het ingecalculeerde ‘storttarief’ wordt onderbouwd met een offerte, hetgeen, zoals vermeld bij de beoordeling van de prijsverantwoording voor post 58, volstaat als prijsverantwoording.
Voor het lossen van de schepen, het transport naar de verwerkingslocatie en de eigenlijke verwerking gaat Herbosch-Kiere uit van een realistisch en haalbaar rendement.
De gehanteerde prijzen voor de inzet van materieel inclusief operatoren zijn normaal (cfr. 3.3.1.2.1).
Gelet op de voorgaande overwegingen kan de gegeven prijsverantwoording voor post 60 aanvaard worden.
3.3.1.2.5. Specifieke beoordeling van de verantwoording voor post 62 – Afdekking met vette grond, geleverd door de aannemer
De milieuhygiënische kwaliteit van de te leveren grond is in overeenstemming met de vigerende regelgeving.
Ook voor de levering van deze gronden zal Herbosch-Kiere een beroep doen op de leverancier waarmee hij een exclusieve overeenkomst aangaat (cfr. post 58). Het ingecalculeerde ‘storttarief’ wordt onderbouwd met een offerte, hetgeen, zoals vermeld bij de beoordeling van de prijsverantwoording voor post 58, volstaat als prijsverantwoording.
Voor het lossen van de schepen, het transport naar de verwerkingslocatie en de eigenlijke verwerking gaat Herbosch-Kiere uit van een realistisch en haalbaar rendement.
De gehanteerde prijzen voor de inzet van materieel inclusief operatoren zijn normaal (cfr. 3.3.1.2.1).
Gelet op de voorgaande overwegingen kan de gegeven prijsverantwoording voor post 62 aanvaard worden.
3.3.1.2.6. Specifieke beoordeling van de verantwoording voor post 63 – Afdekking met teelaarde, afkomstig van de werf
Post 63 betreft het afdekken met teelaarde afkomstig van de werf. Herbosch-Kiere geeft in zijn prijsverantwoording aan dat een deel van de transportkosten al vervat [zit] in post 51 en maakt een inschatting van deze hoeveelheid. Deze inschatting is in overeenstemming met de hoeveelheden vermeld in de samenvattende meetstaat en in de grondverzettabel in het technisch verslag grondverzet, en is bijgevolg realistisch en aanvaardbaar.
Uit de prijsopbouw blijken bovendien geen abnormale elementen. Alle noodzakelijke kostprijselementen werden voorzien. De gehanteerde

prijzen voor de inzet van materieel en personeel zijn realistisch en normaal (cf. § 3.3.1.2.1). De voorziene rendementen zijn haalbaar.
Gelet op de voorgaande overwegingen kan de gegeven prijsverantwoording voor post 63 aanvaard worden.
3.3.1.3. Conclusie bij de prijsverantwoording van Herbosch-Kiere
Het lage offertebedrag van Herbosch-Kiere wordt in hoofdzaak verklaard door diens prijszetting voor de posten 58, 59, 62 en 63 die een aanzienlijke impact hebben op het offertebedrag. Zoals hierboven uitvoerig aan bod kwam, kan de prijsverantwoording dewelke door Herbosch-Kiere voor deze posten gegeven werd, aanvaard worden. Bijgevolg dient ook besloten te worden dat het totale offertebedrag van Herbosch-Kiere verantwoord wordt door de gegeven prijsverantwoording.
Het totale offertebedrag van Herbosch-Kiere vertoont, na grondig onderzoek door de aanbestedende overheid, geen abnormaal karakter.
Het offertebedrag en de betrokken eenheidsprijzen vertonen geen abnormaal karakter en de offerte komt voor verdere beoordeling in aanmerking.
Omtrent de prijsverantwoording van Herbosch-Kiere werd ook advies ingewonnen bij de Afdeling Technische Ondersteuning (hierna: ATO) op 11 oktober 2023. ATO bracht advies uit op 21 oktober 2023 waarmee in wezen het bovenstaande standpunt van de aanbestedende overheid omtrent de prijsverantwoording van Herbosch-Kiere bevestigd werd."

3.6.4. Ook de prijsverantwoordingen door de verzoekende partij en de nv S. worden aanvaard.

3.6.5. De algemene conclusie van het prijsonderzoek luidt als volgt:

"De offertebedragen en de eenheidsprijzen vertonen geen abnormaal karakter en de offertes komen voor verdere beoordeling in aanmerking.
De verschillen tussen de totaalbedragen van de offertes worden in grote mate bepaald door de eenheidsprijzen voor post 58 - 'Ophoging, met ophogings- en aanvullingsmateriaal, geleverd door de aannemer'. Dit verschil valt grotendeels te herleiden naar de overnamekost voor de grond die in rekening gebracht wordt. Gelet op de grote hoeveelheid te leveren grond is dit prijsverschil bepalend voor de uitslag van onderhavige plaatsingsprocedure. Het verschil in totaalbedrag voor post 58 tussen de twee laagste inschrijvers is quasi gelijk aan het verschil in totaal offertebedrag tussen deze inschrijvers."

3.6.6. Bij de beoordeling van de offertes wordt eraan herinnerd dat de prijs het enige gunningscriterium is.

Aangezien de tussenkomende partij de laagste offerte heeft ingediend (voor een totale prijs van 324.922,50 euro), wordt voorgesteld om de opdracht aan haar te gunnen.

3.7. Op 6 december 2023 beslist een afdelingshoofd van de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de tussenkomende partij.

Dit is de bestreden beslissing.

3.8. De inschrijvers werden op 7 december 2023 in kennis gesteld van de gunningsbeslissing.

Op 13 december 2023 vindt een ontmoeting plaats tussen de verzoekende partij en de verwerende partij, waarbij de bestreden gunningsbeslissing besproken wordt en waarbij de verzoekende partij mondeling haar bezwaren hiertegen uiteenzet. Zij is van oordeel dat de offerte van de gekozen inschrijver substantieel onregelmatig bevonden had moeten worden, wegens een niet correcte en abnormale prijszetting.

Met een e-mailbericht van 13 december 2023, deelt de verzoekende partij de betrokken bezwaren nog eens schriftelijk mee.

De verwerende partij wint vervolgens opnieuw advies in bij ATO, teneinde de bezwaren van de verzoekende partij prijstechnisch bijkomend te laten verifiëren. Mede op basis van het advies, gegeven op 15 december 2023, komt de verwerende partij tot de conclusie dat er geen reden is om de offerte van de gekozen inschrijver onregelmatig te verklaren en om de gunningsbeslissing in te trekken. Zij deelt die conclusie mee met een gemotiveerd mailbericht van 18 december 2023.

Diezelfde dag ontvangt de verwerende partij een schrijven van de raadsman van de verzoekende partij, waarmee de verwerende partij in gebreke wordt gesteld en aangemaand om de gunningsbeslissing in te trekken. Met een e-mailbericht van 20 december 2023 antwoordt de verwerende partij dat zij, na

een onderzoek van alle bezwaren, opnieuw tot de conclusie is gekomen dat er geen reden is om de gunningsbeslissing in te trekken.

IV. Tussenkomst

4. De nv Herbosch-Kiere blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkomst 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 de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert een eerste middel aan, gericht tegen de beslissing om de offerte van de tussenkomende partij regelmatig te verklaren. Zij formuleert dit middel als volgt:

> “Schending van artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 36, 58 en 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk

besluit plaatsing 2017), het gelijkheidsbeginsel, [het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel];
Doordat de verwerende partij de offerte van de nv Herbosch-Kiere als regelmatig verklaart en de opdracht aan deze inschrijver heeft gegund;
Dat de nv Herbosch-Kiere zich voor het indienen van de offerte heeft gesteund op een offerte van een leverancier voor het aanleveren van de gronden voor de posten 58, 59, 60 en 62 voor een vermoedelijke hoeveelheid van 218.661,34 m³ welke maar geldig is tot 4 november 2023; Dat de verwerende partij in het kader van het prijsonderzoek aan de NV Herbosch-Kiere heeft gevraagd ‘of de offerte van de betrokken offerte inmiddels verlengd werd’ waarop NV Herbosch-Kiere ‘tijdig het bewijs zou hebben geleverd dat de offerte ‘inmiddels’ verlengd werd’; Dat daardoor de offerte van de leverancier alsnog verlengd zou zijn geworden tot 31 januari 2024;
Dat geen verder nazicht is gedaan omtrent het realistisch karakter van de offerte van de betrokken leverancier, in het bijzonder wat betreft de mogelijkheid tot het daadwerkelijk aanleveren door deze ene leverancier van een hoeveelheid van 200.000,00 m³ gronden;
Terwijl de offerte substantieel onregelmatig is wanneer de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker is;
Dat de beoordeling van de offerte dient te geschieden op basis van de documenten die dateren van het ogenblik van het indienen van de offerte, en niet in het licht van aanvullende verklaringen of documenten die worden geproduceerd na opening van de offertes; Dat dit des te meer geldt wanneer deze documenten betrekking hebben op essentiële bestanddelen van de offerte zoals de prijs; Dat de verwerende partij zich niet kan steunen op deze aanvullende verklaringen om de zekerheid van het kunnen uitvoeren van de verbintenis opgenomen in de offerte te bekomen;
Dat de verbintenistermijn van de offertes gesteld is op 90 kalenderdagen, aldus tot en met 11 december 2023 zodoende de uitvoering van de opdracht door de nv Herbosch-Kiere gegeven de bestekvereiste tot het nakomen van een verbintenistermijn van 90 kalenderdagen, bij opening van de offertes niet verzekerd was;
Dat de nv Herbosch-Kiere zelf heeft aangegeven zich te beroepen op de offerte van deze ene leverancier voor de volledige (noodzakelijke) aanvoer van de gronden én voor de financiering van de opdracht met een bedrag van (vermoedelijk) meer dan 4,7 miljoen euro;
Dat wanneer men zich daartoe dient te beroepen op een offerte van een leverancier die (minstens) onzeker is gelet op het feit dat ze was vervallen en dat ze een abnormaal hoog prijsniveau kent (te betalen door de leverancier aan de nv Herbosch-Kiere), deze offerte onzeker maakt; Dat verwerende partij zonder verder onderzoek wat betreft het realistisch karakter van de beweerdelijk aangegane verbintenis van de leverancier, voorhoudt dat dit de interne keuken is van de nv Herbosch-Kiere; Dat zulks minstens onzorgvuldig is; Dat bovendien de uitvoering van de opdracht voorziet in het aanleveren van gronden gedurende een periode

van 300 werkdagen zodoende een termijn tot en met 31 januari 2024 alleszins niet volstaat;
Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wetsbepalingen en beginselen schendt."

In de toelichting voert de verzoekende partij aan dat, bij gebreke van een afwijkende bepaling in het bestek, de verbintenistermijn voor de inschrijvers overeenkomstig artikel 58 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 negentig kalenderdagen bedroeg, te rekenen van de uiterste datum voor de ontvangst van de offertes. Te dezen diende de offerte dus verzekerd te zijn tot 11 december 2023.

Zij merkt voorts op dat uit het prijsonderzoek is gebleken dat de tussenkomende partij in haar offerte voor het aanleveren van alle gronden (voor een totaal volume van meer dan 200.000 m^3, wat uitzonderlijk groot is) steunt op de offerte van één leverancier. Die offerte was bij de opening van de offertes voor de voorliggende opdracht maar geldig tot 4 november 2023, zijnde voor een periode die korter is dan de verbintenistermijn.

De verzoekende partij leidt hieruit af dat de offerte van de tussenkomende partij vanaf 5 november 2023 geen zekerheid meer kon bieden voor de uitvoering van de opdracht. De offerte diende die zekerheid echter te bieden tot en met 11 december 2023. De verzoekende partij schat de waarde van de opdracht op meer dan 5 miljoen euro; nu de tussenkomende partij een offerte aanbiedt voor slechts 324.922,50 euro, betekent dit dat zij rekent op een financiering door haar leverancier van vermoedelijk meer dan 4,7 miljoen euro. De zekerheid van betaling door de leverancier was aldus essentieel voor de zekerheid van de uitvoering van de opdracht door de tussenkomende partij. De verzoekende partij vindt het opmerkelijk dat de verwerende partij genoegen lijkt te nemen met een niet-afdwingbare offerte van één leverancier, waarvan niet is aangetoond dat deze de gronden kan aanleveren én effectief in staat is de zeer hoge financiering (stortkosten) aan de tussenkomende partij te betalen. Er is bovendien geen onderzoek naar het realistisch karakter van de bieding door de leverancier. Overeenkomstig artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 diende de verwerende partij de offerte van de tussenkomende partij

integendeel substantieel onregelmatig te verklaren wegens onzekerheid over de uitvoering van de opdracht.

Subsidiair voert de verzoekende partij aan dat de substantiële onregelmatigheid van de offerte van de tussenkomende partij niet kan worden geremedieerd door de later verkregen verlenging van de offerte van de leverancier. De regelmatigheid van een offerte dient immers te worden beoordeeld op het tijdstip van het indienen van de offerte, en niet op basis van aanvullende documenten of verklaringen die dateren van na de offerte, op straffe van schending van de gelijkheid tussen de inschrijvers. Dit geldt volgens de verzoekende partij des te meer wanneer de aanvullende stukken betrekking hebben op de prijsvorming. Het toelaten van dergelijke stukken zou neerkomen op een vertrouwelijke onderhandeling met één inschrijver, ten nadele van de andere inschrijvers en in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

Beoordeling

7. Artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt dat een offerte substantieel onregelmatig is wanneer ze van aard is, onder meer, “de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren […] onzeker te maken”.

In dit verband is ook artikel 58 van hetzelfde besluit van belang. Naar luid van het eerste lid van die bepaling blijven de inschrijvers verbonden door hun offerte “gedurende negentig dagen te rekenen vanaf de uiterste datum voor ontvangst”; de opdrachtdocumenten kunnen een afwijkende termijn voorschrijven.

8. In de loop van het prijsonderzoek legde de tussenkomende partij een offerte van een leverancier voor, die geldig was tot 4 november 2023.

Volgens de verzoekende partij bedroeg de verbintenistermijn voor de inschrijvers te dezen 90 dagen, en liep ze dus tot 13 december 2023. Volgens de verwerende partij daarentegen verwijst het te dezen toepasselijke bijzonder bestek naar het ‘standaardbestek administratieve bepalingen van

toepassing voor de Standaardbestekken 250 (Wegenbouw), 260 (Kunstwerken en Waterbouw) en 270 (Elektromechanische uitrustingen), versie 5.0', en wordt in artikel 58 van het bedoelde standaardbestek een verbintenistermijn van 120 kalenderdagen bepaald. Zoals de verwerende partij zelf opmerkt, heeft deze kwestie te dezen echter geen belang: de geldigheidsduur van de offerte van de leverancier verstreek in beide hypotheses vóór het einde van de verbintenistermijn voor de inschrijvers.

Het middel doet de vraag rijzen of die kortere geldigheidstermijn tot gevolg had dat de verbintenis van de tussenkomende partij onzeker was.

9. De verwerende partij voert aan dat de tussenkomende partij in haar offerte geen enkel voorbehoud of geen enkele afwijking ten opzichte van de voor haar geldende verbintenistermijn heeft geformuleerd. Zij stelt ook vast dat de tussenkomende partij "voorbehoudloos" instemde met de uitvoering van de opdracht conform de bestekbepalingen. De tussenkomende partij bevestigt dat ook.

De offertes zijn vertrouwelijke stukken, die de Raad van State evenwel heeft kunnen inkijken. Na onderzoek van de offerte van de tussenkomende partij ziet de Raad geen reden om *prima facie* te twijfelen aan de juistheid van wat de verwerende partij en de tussenkomende partij op dit punt aanvoeren. De Raad gaat voor het onderzoek van het middel dan ook uit van het gegeven dat de offerte van de tussenkomende partij geen voorbehoud inhield, met name niet met betrekking tot de duur van de verbintenistermijn.

Op het eerste gezicht kon de verwerende partij dan ook terecht aannemen dat er op het ogenblik van de indiening van de offerte geen reden was om te twijfelen aan de zekerheid van de verbintenis van de tussenkomende partij.

10. In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat de geldigheid van de offerte van de leverancier van de tussenkomende partij in de loop van de plaatsingsprocedure vervallen is, door het verstrijken van de geldigheidstermijn ervan, moet gewezen worden op het verschil tussen de verbintenis van een

inschrijver en de verbintenis van een leverancier van een inschrijver. Ten aanzien van de aanbestedende overheid geldt enkel de eerstgenoemde verbintenis. Hoe de betrokken inschrijver zich van die verbintenis zal kwijten, gaat de aanbestedende overheid niet aan, onder voorbehoud van mogelijke problemen in verband met het realistisch karakter van zijn offerte. Bij gebreke van zulke problemen (zie hierna, overweging 11), is de verbintenis van de leverancier ten aanzien van de inschrijver een kwestie die behoort, in de woorden van de verwerende partij, tot de “interne keuken” van de inschrijver. Zij is vreemd aan de zekerheid van de verbintenis van de inschrijver.

Het feit dat de geldigheidsduur van de offerte van de leverancier in de loop van de plaatsingsprocedure is verlengd, is *prima facie* ook vreemd aan artikel 58 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Die bepaling heeft immers betrekking op de geldigheid van de verbintenis van een inschrijver, niet op die van een leverancier van een inschrijver.

Er lijkt voorts geen miskenning te zijn van de gelijkheid tussen de inschrijvers, nu de verbintenis van de tussenkomende partij, zoals die bestond op het ogenblik van het indienen van haar offerte, in de loop van de plaatsingsprocedure geen wijziging heeft ondergaan. Met name is de geldigheidsduur van die verbintenis niet verlengd.

11. De verzoekende partij voert aan dat onzekerheid over de verbintenis van een inschrijver ook het gevolg kan zijn van onzekerheid over de mogelijkheid voor die inschrijver om de opdracht effectief overeenkomstig de vereisten van het bestek uit te voeren. Volgens haar had de verwerende partij moeten onderzoeken of de leverancier in staat was om de toegezegde grond aan te leveren, en kon zij zonder een dergelijk onderzoek niet besluiten dat de tussenkomende partij in staat was om de opdracht overeenkomstig het bestek uit te voeren.

In zoverre de verzoekende partij het heeft over het al dan niet realistisch karakter van de offerte van de leverancier, en bij uitbreiding over het al dan niet realistisch karakter van de offerte van de tussenkomende partij, lijkt het te gaan om een kwestie die te maken heeft met de aanvaardbaarheid van de door

de tussenkomende partij aangeboden prijs. Het is trouwens in de loop van het prijsonderzoek, na het algemeen regelmatigheidsonderzoek, dat de offerte van de leverancier ter sprake is gekomen. Het prijsonderzoek maakt specifiek het voorwerp uit van het tweede middel. Het is in het kader van het eerste onderdeel van dat middel dat de Raad van State de grieven ter zake zal onderzoeken (zie overwegingen 14-21).

12. Onder voorbehoud van het bijkomend onderzoek bedoeld in overweging 11, is het middel niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

13. De verzoekende partij roept een tweede middel in, gericht tegen de beslissing om de prijsverantwoording verstrekt door de tussenkomende partij te aanvaarden. Zij formuleert dit middel als volgt:

> "Schending van artikel 84 van de [wet overheidsopdrachten 2016], de artikelen 28, 35 en 36 van het [koninklijk besluit plaatsing 2017], het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel, het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en de formele motiveringsplicht;
> Doordat verwerende partij de opdracht heeft gegund aan de nv Herbosch-Kiere 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 de nv Herbosch-Kiere met 75,24% afweek van de gemiddelde totale offerteprijs; Dat om die reden aan de nv Herbosch-Kiere een prijsverantwoording is gevraagd voor zowel de totale offerteprijs als de posten 58, 59, 60, 62 en 63; Dat de posten 58, 59, 60 en 62 in de offerte van de nv Herbosch-Kiere een negatieve prijs hebben en betrekking hebben op de financiering door een derde en niet nader genoemde leverancier voor een bedrag van maar liefst 4,7 miljoen EUR; Dat verwerende partij de loutere offerte van deze leverancier heeft aanvaard als afdoende prijsverantwoording voor zowel de posten 58, 59, 60 en 62 als de totaalprijs; Dat uit het gunningsverslag verder blijkt dat de nv Herbosch-Kiere tevens een percentage aan Algemene Onkosten Winst en Risico (AORW) heeft toegepast op de financiering wat leidt tot een abnormaal hoge en afwijkende AORW,

minstens in vergelijking met de overige percentages van de posten van de meetstaat;
Terwijl, *eerste onderdeel*, verwerende partij de prijsverantwoording vanwege nv Herbosch-Kiere niet mocht aanvaarden nu deze inschrijver het schijnbaar abnormaal karakter van de totaalprijs en van een aantal van de genoemde eenheidsprijzen niet afdoende kon weerleggen; Dat verwerende partij niet kon volstaan door louter te verwijzen naar de offerte van de leverancier van de nv Herbosch-Kiere om de prijsverantwoording voor de totaalprijs en de posten 58, 59, 60 en 62 te aanvaarden; Dat verwerende partij alleszins gehouden was een zorgvuldig onderzoek te voeren naar de offerte van de betrokken leverancier en de daarin aangeboden prijzen; Dat nergens wordt gemotiveerd wat de specifieke omstandigheden zijn op grond waarvan de betrokken leverancier zulke hoge overnametarieven kan en wenst te betalen; Dat de verwerende partij minstens gehouden was te motiveren waarom zij in de voorliggende concrete omstandigheden (een financiering van 4,7 miljoen EUR door een derde), kon volstaan met de loutere verwijzing naar de offerte van de leverancier;
En terwijl, *tweede onderdeel*, de verwerende partij de prijsverantwoording vanwege nv Herbosch-Kiere niet mocht aanvaarden nu deze inschrijver abnormale en niet verantwoorde percentages aan Algemene Onkosten Winst en Risico heeft toegepast voor wat betreft de posten 58, 59 en 60 waarvoor een negatieve prijs is geboden door de nv Herbosch-Kiere; Dit minstens in strijd [is] met artikel 28 van het KB Plaatsing;
Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wetsbepalingen en beginselen schendt."

13.1. In de toelichting bij het *eerste onderdeel* benadrukt de verzoekende partij dat de verwerende partij zich onthoudt van enige inhoudelijke analyse van de prijs geboden door die leverancier, ook al gaat het om het zeer substantieel bedrag van 4,7 miljoen euro. Zij stelt vast dat voor de verwerende partij de loutere offerte van deze leverancier volstaat als prijsverantwoording voor de negatieve prijzen aangeboden door de tussenkomende partij voor de aanlevering van grond. De offerte van een onderaannemer kan echter geen prijsverantwoording uitmaken. Het standpunt dat een negatieve prijs de verwerende partij zou toelaten om een minder deugdelijk prijsonderzoek te doen, overtuigt niet.

De verzoekende partij voert aan dat de verwerende partij niet heeft onderzocht waarom de leverancier bereid is om een zo groot bedrag te betalen om grond te mogen afzetten. De verwerende partij heeft niet onderzocht of dit bedrag wel realistisch is. Zij heeft niet onderzocht over welke bijzondere

voordelen de leverancier zou beschikken om voor een zeer grote hoeveelheid grond aanzienlijke stortkosten te betalen. Zij merkt ook op dat de offerte van de leverancier geldig is tot 31 januari 2024, en dat niet wordt uitgelegd hoe 200.000 m³ grond in een zo korte periode geleverd zou kunnen worden.

Zij merkt eveneens op dat de prijsverantwoording voor de posten 58, 59 en 60 niet kan volstaan, in zoverre enkel verwezen wordt naar de offerte van de leverancier om grond te mogen leveren, aangezien die posten ook uit te voeren werken bevatten. Nergens wordt gemotiveerd of en in welke mate alle noodzakelijke werken inbegrepen zijn in de post, en of de prijs een met het bestek conforme uitvoering mogelijk maakt. De uitsluitende melding dat “de rendementen normaal zijn” is geen motivering voor de verantwoording van abnormaal lage prijzen.

De verzoekende partij herhaalt dat er geen reden is om een onderscheid te maken tussen positieve en negatieve prijzen, ook niet in het kader van een prijsverantwoording. Evenmin zouden er bij negatieve prijzen minder verregaande verplichtingen zijn voor de aanbestedende overheid of zou er minder zorgvuldig kunnen worden omgegaan met een prijsverantwoording voor negatieve prijzen.

13.2. In de toelichting bij het *tweede onderdeel* stelt de verzoekende partij dat de prijsverantwoording van de tussenkomende partij niet aanvaard mocht worden in zoverre in haar offerte voor de posten 58, 59 en 60 een percentage voor algemene onkosten, risico en winst (hierna: AORW) in rekening werd gebracht.

Zij voert aan dat AORW klassiek aan te rekenen zijn op de kostprijs voor het uitvoeren van werken of het leveren van prestaties. Op een bedrag dat wordt betaald voor de overname van materialen met waarde kunnen daarentegen geen AORW in rekening gebracht worden door de partij die deze betaling ontvangt. Uit het gunningsverslag blijkt evenwel dat de tussenkomende partij op het bedrag zij ontvangt van de leverancier van grond een bepaald percentage als toeslag voor AORW aanrekent. Het aanrekenen van die kosten leidt tot een fictieve verhoging van het aandeel van AORW dat de tussenkomende

partij verkrijgt op de door haar uit te voeren werken. Het bedrag dat de leverancier wil betalen opdat zijn grond wordt overgenomen, heeft geen enkele relatie met werken die worden uitgevoerd of prestaties die worden geleverd.

Deze manier van prijsberekening leidt tot abnormale prijzen. Er worden immers algemene kosten aangerekend op bedragen die de aannemer betaald krijgt bovenop de algemene kosten die hij aanrekent (en afzonderlijk berekent) op de werken die hij uitvoert met de gronden die hij overneemt. Deze dubbelberekening leidt ertoe dat, wat de werken betreft die worden gepresteerd onder een welbepaalde post, een zeer aanzienlijk kostenpercentage in rekening wordt gebracht dat geen enkel verband meer houdt met de kostprijs van die werken. Zulke prijsvorming is speculatief, nu bij vermeerdering van de vermoedelijke hoeveelheden de aannemer niet alleen betaald zal worden voor de door hem uit te voeren werken, maar ook een zeer aanzienlijke vergoeding zal innen.

Aan de hand van een “principevoorbeeld” of simulatie met een post met een negatieve eenheidsprijs, betoogt de verzoekende partij dat het aanrekenen van een extra-percentage AORW op het bedrag dat aan de opdrachtnemer betaald wordt door een derde, tot gevolg heeft dat in de eenheidsprijs voor die post in werkelijkheid een hoger percentage AORW begrepen is dan in de positieve eenheidsprijzen voor de andere posten. Zij voert aan dat dit verschil in strijd is met artikel 28 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. De toeslagen voor AORW zijn aldus immers niet meer gelijkmatig verdeeld over de meer dan 140 andere posten van de samenvattende meetstaat. Er is integendeel een aanzienlijke disproportionaliteit in de toeslagpercentages.

Beoordeling

Eerste onderdeel

14. Artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 verplicht een aanbestedende overheid om de ingediende offertes te onderwerpen aan een prijs-of kostenonderzoek. Indien uit dit onderzoek blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, moet de aanbestedende

overheid die prijzen met toepassing van artikel 36 van het voornoemde besluit nader onderzoeken en de betrokken inschrijver te dien einde bevragen.

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.

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

> "1° stelt [zij] ofwel vast dat het bedrag van een of meer niet-verwaarloosbare posten een abnormaal karakter vertoont en weert [zij] de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;
> 2° ofwel, stelt [zij] vast dat het totale offertebedrag een abnormaal karakter vertoont en weert [zij] de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;
> 3° ofwel, motiveert [zij] in de gunningsbeslissing dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont".

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.

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

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.

15. Te dezen blijkt uit het administratief dossier dat de verwerende partij op 28 september 2023 onder meer aan de tussenkomende partij een prijsverantwoording heeft gevraagd, met toepassing van artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Voor de tussenkomende partij sloeg die vraag op het totale offertebedrag en op de eenheidsprijzen voor de posten 58, 59, 60, 62 en 63.

Uit het gunningsverslag blijkt dat de prijsverantwoording verstrekt door de tussenkomende partij wordt aanvaard, zowel voor de totaalprijs als voor de voornoemde eenheidsprijzen. Wat de totaalprijs betreft, wordt opgemerkt dat die gunstig beïnvloed wordt door de storttarieven die de tussenkomende partij kan aanbieden voor de grondaanleveringen. Deze storttarieven hebben een grote impact op het totale offertebedrag, gelet op de omvang van het volume aan te leveren grond. In het gunningsverslag wordt uitdrukkelijk opgemerkt “dat de opgegeven prijs voor post 58 al in overgrote mate het totale prijsverschil tussen de offerte van [de tussenkomende partij] en de offerte van [de verzoekende partij] verklaart”. Dit gegeven lijkt als zodanig niet betwist te worden door de verzoekende partij. De Raad van State ziet voorshands ook geen reden om te twijfelen aan de wettigheid van de werkwijze waarbij de verklaring voor de totaalprijs te dezen wordt gezocht in de verklaring voor bepaalde eenheidsprijzen.

Het is trouwens op de beoordeling van de voornoemde eenheidsprijzen, en meer bepaald op die voor de posten 58, 59, 60 en 62, dat de verzoekende partij zich in het eerste onderdeel van het middel specifiek richt.

16. Zoals uit het gunningsverslag blijkt, bestaan de posten 58, 59, 60 en 62 deels uit het aanleveren van grond, bestemd voor ophoging, demping of afdekking, en deels uit het uitvoeren van werken die daarmee gepaard gaan (lossen van schepen, transport naar de verwerkingslocatie en eigenlijke verwerking). De prijscomponent die verband houdt met het aanleveren van grond blijkt bij de tussenkomende partij een negatieve component te zijn. Dit wil zeggen dat de tussenkomende partij door een derde betaald wordt om grond in ontvangst te nemen, welke 'stortvergoeding' zij dan gedeeltelijk (na aftrek van AORW) in mindering kan brengen van de prijs die de verwerende partij voor de grond zou moeten betalen.

In verband met de gehanteerde stortvergoeding voor het aanleveren van grond onder de voornoemde posten wordt in het gunningsverslag overwogen, na vastgesteld te hebben dat de milieuhygiënische kwaliteit van de te leveren grond in overeenstemming is met de vigerende regelgeving, dat de stortvergoeding telkens onderbouwd is "middels een recente offerte vanwege de betrokken leverancier die specifiek is toegespitst op de aan te leveren gronden (en hoeveelheden) voor deze opdracht". De verwerende partij leidt uit die offerte af dat de betrokken leverancier bereid is om de gronden aan te leveren, en zulks aan de in zijn offerte genoemde prijzen. Zij besluit, wat de verantwoording van de prijzen voor de aanlevering van grond betreft: "Aangezien er net een prijs betaald wordt door de leverancier van de gronden om de gronden te kunnen leveren, is de aanbestedende overheid van oordeel dat de geldende offerte van de betrokken leverancier voor de gronden die aangeleverd moeten worden in het kader van deze opdracht volstaat als prijsverantwoording voor de aanlevering van gronden."

In het onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij niet kon volstaan met een loutere verwijzing naar de offerte van de leverancier van de tussenkomende partij om haar prijsverantwoording voor de voornoemde posten te aanvaarden.

In dit verband moet opgemerkt worden, met de verwerende partij, dat de offerte van de leverancier enkel als (voldoende) prijsverantwoording in aanmerking genomen wordt, in zoverre de voornoemde posten betrekking hebben op de aanlevering van grond. In zoverre die posten ook slaan op bepaalde

werken, steunt de verwerende partij het aanvaarden van de verantwoording voor de desbetreffende prijscomponent op andere elementen; daarop wordt hierna nog ingegaan (overweging 20).

Wat in het bijzonder de verantwoording van de negatieve prijs voor het aanleveren van grond betreft, wijst de tussenkomende partij erop dat de waarde van de aan te leveren grondspecie een “conjunctureel gegeven” uitmaakt. Zij geeft aan dat de marktomstandigheden op dit ogenblik zo zijn “dat inschrijvers een negatieve prijs kunnen aanbieden doordat zij juist een som ontvangen voor de ‘aankoop’ van grond”. Ook de verwerende partij benadrukt dat grond op dit ogenblik een goed is met een negatieve marktprijs.

In zoverre de prijsverantwoording betrekking heeft op een negatieve prijs, die in dit geval het gevolg is van de betaling door een derde, lijkt met de verwerende partij aangenomen te kunnen worden dat een geldige offerte van een leverancier, toegespitst op het betrokken volume aan te leveren grond, als verantwoording van die prijs kan volstaan. Mits een dergelijke offerte voldoende geloofwaardig is (zie hierna, overweging 18), lijkt een aanbestedende overheid op grond daarvan immers ervan te kunnen uitgaan dat het in het bestek bepaalde volume grond effectief door de inschrijver aangeleverd zal worden, tegen de prijs die in diens offerte (op basis van de offerte van zijn leverancier) wordt opgegeven.

17. Te dezen liep de geldigheid van de offerte van de leverancier, zoals verlengd in de loop van de plaatsingsprocedure, tot 31 januari 2024.

Volgens de verzoekende partij is het niet realistisch om aan te nemen dat het hele volume aan te leveren grond (200.000 m^3) vóór die datum aangeleverd kan worden.

De verzoekende partij lijkt de geldigheidstermijn van een offerte aldus gelijk te stellen met de termijn waarbinnen de te sluiten overeenkomst moet worden uitgevoerd. Die zienswijze wordt voorshands niet bijgevallen. Indien de offerte binnen de geldigheidsduur ervan aanvaard wordt, dan ontstaat een overeenkomst tussen de partijen, en dienen de partijen zich

daaraan te houden. Te dezen zou de overeenkomst tussen de tussenkomende partij en haar leverancier inhouden dat de leverancier in de loop van de uitvoering van de overheidsopdracht door de tussenkomende partij het overeengekomen volume aan grond aanlevert. De omstandigheid dat de offerte van de leverancier slechts tot een bepaalde dag geldig is, lijkt dus niet te beletten dat zij de basis kan vormen voor een bestekconforme uitvoering van de opdracht na die datum.

18. Zoals hiervoor overwogen, neemt de Raad van State voorshands aan dat, als een inschrijver een geldige offerte van een leverancier aanvoert ter verantwoording van een bepaalde prijs, de aanbestedende overheid ervan mag uitgaan dat die leverancier zijn verbintenis zal nakomen (overweging 16). Dit lijkt echter slechts op te gaan voor zover er geen gegevens zijn die wijzen op het tegendeel. De aanbestedende overheid beschikt ter zake over een beoordelingsruimte.

In haar verzoekschrift tot tussenkomst wijst de tussenkomende partij erop dat zij niet enkel de offerte van de leverancier heeft voorgelegd. Zij heeft ook bestelbonnen van een lopend project met die leverancier voorgelegd, waarbij grond wordt geleverd aan storttarieven die vergelijkbaar zijn met die waarvan de tussenkomende partij in haar offerte voor de voorliggende opdracht is uitgegaan. Zij heeft bovendien erop gewezen dat deze leverancier een orderboek heeft dat reeds gevuld is tot eind 2024. Die verklaring lijkt te stroken met hetgeen vervat zit in de prijsverantwoording van de tussenkomende partij van 10 oktober 2023, een vertrouwelijk stuk dat de Raad van State heeft kunnen inzien.

Aldus lijkt *prima facie* geconcludeerd te moeten worden dat er voor de verwerende partij geen gegevens waren die haar moesten doen twijfelen aan het geloofwaardig karakter van de offerte van de leverancier. De verwerende partij wijst er bovendien op dat de offerte zelf een verwijzing bevatte naar het bestek voor de voorliggende overheidsopdracht en dus naar de opdracht die de tussenkomende partij, indien zij gekozen zou zijn, op zich zou nemen. In die omstandigheden lijkt de verwerende partij te hebben kunnen uitgaan van de veronderstelling dat de leverancier zich goed bewust was van wat van hem verwacht werd, en dat zowel de tussenkomende partij als haar leverancier overtuigd waren van de goede uitvoering van diens verbintenissen.

Anders dan de verzoekende partij aanvoert, lijkt de formele motiveringsplicht niet zover te reiken dat de redenen op grond waarvan de verwerende partij van oordeel was dat een bestekconforme uitvoering van de opdracht mogelijk was, in het gunningsverslag vermeld moesten worden. De verwerende partij heeft de redenen opgegeven waarom zij de prijsverantwoording aanvaardt, en dat lijkt vanuit het oogpunt van de formele motivering te volstaan.

19. Gelet op het voorgaande, is de Raad van State *prima facie* van oordeel dat de verwerende partij niet buiten de perken van de wettigheid is getreden door de prijsverantwoording voor de negatieve prijscomponenten van de posten 58, 59, 60 en 62 te aanvaarden.

20. Zoals hiervoor opgemerkt, bestaan die posten ook nog uit andere prijscomponenten dan de hiervoor besproken negatieve prijscomponenten (overweging 16). Het gaat om prijscomponenten voor de werken die de gekozen inschrijver met de aangeleverde grond dient uit te voeren.

In zoverre de verzoekende partij voorhoudt dat in het gunningsverslag niet wordt aangegeven of en in welke mate alle noodzakelijke werken zijn inbegrepen in de posten 58, 59 en 60 [en 62], en evenmin of de aangeboden prijs een met het bestek conforme uitvoering van die werken mogelijk maakt, stelt de Raad van State vast dat de verwerende partij wel degelijk aandacht lijkt te hebben voor die werken. Met name wordt in het gunningsverslag overwogen dat uit de prijsverantwoording van de tussenkomende partij blijkt dat deze “zelf zal instaan voor het lossen van de schepen, het transport naar de verwerkingslocatie en de eigenlijke verwerking”. Er wordt ook geoordeeld dat “de [tussenkomende partij hiervoor] een realistisch en haalbaar rendement [voorziet]”.

21. Gelet op het voorgaande, is het onderdeel niet ernstig.

Tweede onderdeel

22. In het tweede onderdeel lijkt de verzoekende partij drie onderscheiden, zij het met elkaar verbonden grieven aan te voeren: ten eerste, het toepassen van AORW op een door een derde te betalen prijs is onaanvaardbaar, gelet op het wezen van AORW; ten tweede, de dubbelberekening leidt ertoe dat voor de werken die vallen onder een post waarvoor een negatieve prijs wordt aangerekend, een abnormaal hoge prijs in rekening wordt gebracht; ten derde, het toepassen van verschillende percentages voor AORW is strijdig met artikel 28 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

Die grieven worden hierna achtereenvolgens besproken.

23. Alvorens in te gaan op de grieven van de verzoekende partij, past het te herinneren aan wat in het gunningsverslag, in de versie die aan de inschrijvers is meegedeeld, in verband met de AORW wordt opgemerkt:

> "Uit de voorgelegde documenten blijkt dat Herbosch-Kiere een toeslag voor algemene kosten, winst en risico van …% toepast op eigen werk. Op de onderaannemingskosten werd een percentage van …% in rekening gebracht en op de levering van de gronden (zgn. storttarieven) werd …% gerekend. Deze percentages zijn vergelijkbaar met courant gangbare percentages."

Uit de integrale versie van het gunningsverslag, een vertrouwelijk stuk dat de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt dat de percentages op eigen werk, onderaannemingskosten en storttarieven verschillend zijn.

24. In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat geen toeslag voor AORW aangerekend kan worden op storttarieven, omdat die geen betrekking zouden hebben op prestaties die door de opdrachtnemer worden geleverd, lijken de verwerende partij en de tussenkomende partij terecht op te merken dat met het in ontvangst nemen van materiaal of, zoals in het voorliggende geval, grond, ook een zekere inzet van bedrijfsmiddelen vereist is.

Die inzet van middelen brengt voor de betrokken onderneming algemene kosten mee. Er is op het eerste gezicht ook geen reden waarom die inzet niet een zekere winst zou mogen genereren. Een en ander lijkt op zich te

verantwoorden dat, ook al gaat het om een negatieve prijs, op de betaling die wordt verkregen ten gevolge van het in ontvangst nemen van grond, een toeslag voor AORW wordt aangerekend.

25. In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat het aanrekenen van AORW op de bedragen die de aannemer betaald krijgt, bovenop de AORW op de werken die hij uitvoert met de overgenomen gronden, leidt tot een dubbelberekening en dus tot abnormaal hoge prijzen voor de bedoelde werken, werpt de verwerende partij op dat naarmate de hoeveelheid aan te leveren grond groter wordt, ook de hieraan gekoppelde inzet van bedrijfsmiddelen groter wordt. Zij voert voorts ook nog aan, met verwijzing naar het (vertrouwelijk) advies van ATO van 15 december 2023, dat het evident is dat het percentage van een fictieve toeslag voor AORW groter is wanneer men het absolute bedrag aan AORW gaat vergelijken met een kleinere basis (enkel bedrag van de werken) dan de grotere basis (bedrag van de inkomsten en bedrag van de daarmee verbonden werken) waarop de toeslag berekend is; volgens haar bewijst de verzoekende partij met haar voorbeeld niets.

De tussenkomende partij voert aan dat het percentage aan AORW moet worden berekend op de “volledige omzet”, dit wil zeggen op het bedrag van de ontvangen betaling voor de grond én het bedrag van de daarmee verbonden werken. Als de verzoekende partij dat in haar voorbeeld gedaan zou hebben, dan zou zij tot een marktconform percentage aan AORW gekomen zou zijn.

De Raad van State is voorshands van oordeel dat de hogere AORW eenvoudig het gevolg lijkt te zijn van het feit dat AORW worden toegepast op de negatieve prijs voor de posten in verband met het aanleveren van grond. Indien wordt aangenomen dat daartegen geen principieel bezwaar bestaat (zie overweging 24, hiervoor), dan is het logische gevolg daarvan dat aan de aanbestedende overheid een hoger bedrag aan AORW wordt aangerekend.

Of dat leidt tot een abnormaal hoge prijs, hangt dan af van het percentage aan AORW dat wordt toegepast. Te dezen heeft de verwerende partij in het gunningsverslag geoordeeld dat de door de tussenkomende partij

toegepaste percentages voor de berekening van de toeslag voor AORW, ook wat de AORW op de storttarieven betreft, “vergelijkbaar [zijn] met courant gangbare percentages”. Dat oordeel komt de Raad van State niet als onredelijk voor.

26. In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat het toepassen van verschillende percentages aan AORW strijdig is met artikel 28 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, wijst de Raad van State erop dat die bepaling enkel inhoudt dat “alle algemene en financiële kosten alsmede de winst […], in verhouding tot hun belangrijkheid, [worden] verdeeld over de onderscheiden posten”.

Met de verwerende partij is de Raad van State *prima facie* van oordeel dat artikel 28 zich niet verzet tegen een zekere differentiatie van de percentages aan AORW, in functie van de aard van de kosten waarop de toeslag wordt toegepast. De verwerende partij wijst er overigens op dat het hanteren van verschillende percentages in offertes voor overheidsopdrachten “meer regel dan uitzondering” is.

27. Gelet op het voorgaande, is het onderdeel niet ernstig.

VII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Herbosch-Kiere tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 24 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op een februari tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Paul Lemmens**