

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 259.272 van 26 maart 2024
in de zaak A. 241.375/XII-9472**

In zake: de NV KRINKELS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Olivier Eschweiler
kantoor houdend te 4130 Esneux
Rue de Mery 42
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 februari 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de nv De Vlaamse Waterweg van 12 februari 2024 waarbij de opdracht ‘Opruimen van allerlei drijvend en aangespoeld hout en vuil – Afdeling Regio Centraal, districten 5 en 6’, percelen 1 en 2, wordt gegund aan de nv Stadsbader.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 maart 2024.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anne Custers, die *loco* advocaat Olivier Eschweiler verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Rebecca Denys, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor een raamovereenkomst voor het opruimen van allerlei drijvend en aangespoeld hout en vuil op bepaalde waterlopen van de Regio Centraal, namelijk het zeekanaal Brussel-Schelde, het kanaal naar Charleroi, het kanaal Leuven-Dijle, het Netekanaal en de Bovenzenne. De opdracht is onderverdeeld in twee percelen: perceel 1 heeft betrekking op waterlopen in district 5; perceel 2 heeft betrekking op waterlopen in district 6.

Er wordt geopteerd voor een openbare procedure.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.2. Op de opdracht is het bestek met nummer ARC-23-0065 van toepassing.

De prijs is het enige gunningscriterium.

3.3. Onder deel II, ‘Technische bepalingen’, deel 1, punt 1.1.2.2.B, ‘Bijzondere oppervlakkige ruiming’, wordt voor de bestekposten 1, 2, 9 en 10 van

perceel 1, en de bestekposten 1, 2, 5 en 6 van perceel 2 bepaald, onder meer, dat “het ruimen te water, op de door de aanbestedende overheid in de deelopdracht opgegeven plaats, gedurende een tijdspanne van acht effectieve werkuren, [gebeurt] door een schipper en matroos met de inzet van een zelfvarend ponton met een minimum laadvermogen van 5 ton of sleepboot met ponton met een minimum laadvermogen van 5 ton”.

Bij het bestek zijn samenvattende opmetingen, respectievelijk voor de percelen 1 en 2, als bijlage gevoegd. Post 32 van perceel 1 en post 25 van perceel 2 worden omschreven als volgt:

“Ter beschikking stellen en gebruik van materieel (werktuigen met autonome werking), excl. eventuele bediener/bestuurder, combinatie vrachtwagen uitgerust met aangepaste hydraulische kraan om hierna genoemde sloep te water te laten + sloep (afmetingen: lengte groter of gelijk aan 4,30 meter en breedte groter of gelijk aan 1,75 meter) met buitenboordmotor van minimum 10 pk, met een minimaal laadvermogen van 300 kg.”

3.4. Voor perceel 1 zijn er zes inschrijvers, voor perceel 2 zeven. De verzoekende partij schrijft in voor de twee percelen.

3.5. De verwerende partij voert een prijsonderzoek op de offertes uit.

Onder meer de nv Stadsbader wordt bevraagd over haar totaalprijs en over de prijs voor een aantal posten. Op 8 december 2023 bezorgt deze inschrijver een verantwoording voor die prijzen.

Aan de verzoekende partij wordt geen prijsverantwoording gevraagd.

Over het prijs- en kostenonderzoek vraagt de verwerende partij vervolgens advies aan de afdeling Algemene Technische Ondersteuning (hierna: ATO) van het departement Mobiliteit en Openbare Werken. ATO bezorgt haar adviezen, één per perceel, op 1 februari 2024.

3.6. Op 8 februari 2024 wordt een gunningsverslag opgesteld.

3.6.1. In verband met het algemeen regelmatigheidsonderzoek wordt geconcludeerd dat de offertes van alle inschrijvers regelmatig zijn. Wat de offerte van de nv Stadsbader betreft, wordt die conclusie niet nader gemotiveerd.

3.6.2. In verband met het prijsonderzoek wordt, wat de offerte van de nv Stadsbader betreft, het volgende opgemerkt:

“Perceel 1

[...]

[De door de nv Stadsbader bezorgde] verantwoording wordt aanvaard om de volgende redenen:

- Het totale offertebedrag

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

Als eerste argument verwijst de inschrijver naar zijn ervaring. Concrete elementen die controleerbaar zijn en die het vermoeden van een schijnbaar abnormale prijs kunnen weerleggen brengt hij niet aan. Argumenten zoals ervaring kunnen in het kader van de kwalitatieve selectie misschien een rol spelen, maar zijn *an sich* doorgaans geen redenen die zeer lage prijzen kunnen rechtvaardigen.

Bovenvermelde elementen zijn bovendien ook van toepassing op de andere geselecteerde inschrijvers: ook zij zijn actief in dezelfde sectoren.

Het beschikken over een eigen depot in de nabije omgeving dat voor beide percelen een ideale uitvalsbasis is voor de onderhoudswerken. Door de centrale ligging van deze site, kunnen ze de rijtijden beperken en bijgevolg sneller ter plaatse zijn. Dit zorgt ervoor dat de transportkosten gedrukt kunnen worden. Een bijkomend voordeel met de uitvalsbasis in Puurs is de nabijheid van de erkende stortplaats Renewi te Puurs-Sint-Amands. Dit zorgt ervoor dat het natransport van de stortplaats naar de uitvalsbasis beperkt is. Dit heeft 2 gevolgen, enerzijds komt dit de transportkosten ten goede en anderzijds kunnen ze hiermee een verschil maken t.o.v. de andere inschrijvers die verder afgelegen zijn van een stortplaats.

Vanzelfsprekend kan een eigen depot in de nabije omgeving een aantal voordelen opleveren op het vlak van optimalisatie en efficiëntie. De inschrijver laat evenwel na om dit voordeel te becijferen. Louter op basis van deze bewering kan de aanbestedende overheid niet oordelen wat de impact ervan is op het offertebedrag.

Ten slotte geeft de inschrijver aan dat al zijn werven opgevolgd en aangestuurd worden door een ‘centrale logistieke dienst’ die zoekt naar optimale oplossingen voor transporten, materieel, arbeiders enz.

Vanzelfsprekend kan zo’n ‘centrale logistieke dienst’ een aantal voordelen opleveren op het vlak van optimalisatie en efficiëntie. De inschrijver laat evenwel na om dit voordeel te becijferen. Louter op basis van deze

bewering kan de aanbestedende overheid niet oordelen wat de impact ervan is op het offertebedrag.

Tegelijk werd een schriftelijke verantwoording opgemaakt inzake de eerbiediging van toepasselijke regels inzake het milieu-, sociaal en arbeidsrecht, met inbegrip van de verplichtingen die van toepassing zijn op het vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid.

Rekening houdend met het hierboven vermelde, besluit de aanbestedende overheid dat in de prijsverantwoording van het totale offertebedrag een aantal elementen worden aangehaald die aannemelijk zijn en die wellicht een positieve impact kunnen hebben op de prijszetting. Een cijfermatige toelichting ontbreekt evenwel. De impact ervan op het offertebedrag toont de inschrijver niet aan.

- Post 1 en 9: Bijzondere oppervlakkige ruiming te water

In de verantwoording van deze post wordt de eenheidsprijs verantwoord aan de hand van het te gebruiken materieel, materiaal en personeel. De aanbestedende overheid is van oordeel dat deze inschatting van de benodigde middelen voorkomt als correct.

Het gehanteerde percentage voor algemene kosten, winst en risico, voor eigen werk ligt in lijn met hetgeen courant gangbaar is en wordt aldus als normaal aanzien.

De aanbestedende overheid heeft de eenheidsprijzen voor de inzet van arbeidskrachten vergeleken met courant gangbare prijzen uit MEDIAAN. Hieruit blijkt dat Stadsbader normale prijzen hanteert.

Stadsbader heeft geen onderbouwing van de prijzen voor het voorziene materieel toegevoegd. De aanbestedende overheid heeft deze prijzen, voor zover mogelijk, afgetoetst tegen courant gangbare verkoopprijzen op basis van historische data.

Hieruit blijkt dat Stadsbader een lage prijs hanteert voor de inzet van de sloep. De aanbestedende overheid beoordeelt deze prijs wel nog als normaal, aangezien dit tuig vermoedelijk regelmatig stilligt.

Bovendien ligt de prijs slechts beperkt onder het CMK-tarief ligt en is de CMK-kostenschaal [zijnde een kostenschaal voor aannemers] algemeen gekend als duur.

De overige materieelprijzen liggen binnen de vork van courant gangbare prijzen.

De gehanteerde prijzen zijn dus marktconform, bijgevolg wordt de prijsverantwoording voor deze posten aanvaard.

[...]

Conclusie: Ondanks de bemerkingen over de verantwoording van het totale offertebedrag, beoordeelt de aanbestedende overheid de offerte van Stadsbader op prijstechnisch vlak als normaal, gelet op volgende elementen:

- De prijsverantwoording voor het offertebedrag omvat een aantal argumenten die onmiskenbaar een gunstige impact kunnen hebben op het algemeen prijsniveau.
- De prijsverantwoording van de gevraagde posten omvat geen significante elementen die wijzen op abnormale prijsvorming.

- De posten waarvoor prijsverantwoording werd gegeven zijn in dit geval voldoende representatief om het verschil van meer dan 15 % ten opzichte van het getrimd gemiddelde te verklaren.

- De afwijking van het offertebedrag ten opzichte van de raming is beperkt (< 15 %).

Het offertebedrag en de betrokken eenheidsprijzen vertonen aldus geen abnormaal karakter en de offerte komt voor verdere beoordeling in aanmerking.

Perceel 2

[...]

[De door de nv Stadsbader bezorgde] verantwoording wordt aanvaard om de volgende redenen:

- Totale offertebedrag: voor de verantwoording en de beoordeling hiervan wordt verwezen naar de tekst onder perceel 1, die eveneens geldt voor perceel 2.

- Post 1 en 5: Bijzondere oppervlakkige ruiming te water

In de verantwoording van deze post wordt de eenheidsprijs verantwoord aan de hand van het te gebruiken materieel, materiaal en personeel. De aanbestedende overheid is van oordeel dat deze inschatting van de benodigde middelen voorkomt als correct.

Het gehanteerde percentage voor algemene kosten, winst en risico, voor eigen werk ligt in lijn met hetgeen courant gangbaar is en wordt aldus als normaal aanzien.

De aanbestedende overheid heeft de eenheidsprijzen voor de inzet van arbeidskrachten vergeleken met courant gangbare prijzen uit MEDIAAN. Hieruit blijkt dat Stadsbader normale prijzen hanteert.

Stadsbader heeft geen onderbouwing van de prijzen voor de inzet van materieel toegevoegd. De aanbestedende overheid heeft deze prijzen, voor zover mogelijk, afgetoetst tegen courant gangbare verkoopprijzen op basis van historische data.

Hieruit blijkt dat Stadsbader een lage prijs hanteert voor de inzet van de sloep. De aanbestedende overheid beoordeelt deze prijs wel nog als normaal, aangezien dit tuig vermoedelijk regelmatig stilligt.

Bovendien ligt de prijs slechts beperkt onder het CMK-tarief ligt en is de CMK-kostenschaal algemeen gekend als duur.

De overige materieelprijzen liggen binnen de vork van courant gangbare prijzen.

De gehanteerde prijzen zijn dus marktconform, bijgevolg wordt de prijsverantwoording voor deze posten aanvaard.

[...]

Conclusie: Ondanks de bemerkingen over de verantwoording van het totale offertebedrag, beoordeelt de aanbestedende overheid de offerte van Stadsbader op prijstechnisch vlak als normaal, gelet op volgende elementen:

- De prijsverantwoording voor het totale offertebedrag omvat een aantal argumenten die onmiskenbaar een gunstige impact kunnen hebben op het algemeen prijsniveau.

- De prijsverantwoording van de gevraagde posten omvat geen significante elementen die wijzen op abnormale prijsvorming.
 - De posten waarvoor prijsverantwoording werd gegeven, zijn in dit geval voldoende representatief om het verschil van meer dan 15 % ten opzichte van het getrimd gemiddelde te verklaren.
 - De afwijking van het offertebedrag ten opzichte van de raming is beperkt (< 15 %).
- Het offertebedrag en de betrokken eenheidsprijzen vertonen aldus geen abnormaal karakter en de offerte komt voor verdere beoordeling in aanmerking.”

In het gunningsverslag wordt voorts opgemerkt dat het advies van ATO van 1 februari 2024 positief was voor de offerte van de nv Stadsbader, en dat de verwerende partij de conclusies uit dat advies deelt en ze zich eigen maakt.

3.6.3. In verband met het onderzoek van de technische en beroepsbekwaamheid wordt in het gunningsverslag het volgende opgemerkt:

“De inschrijvers tonen hun technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid aan door overlegging van de volgende documenten:
1° een lijst van de diensten die gedurende de afgelopen periode van maximaal drie jaar werden verricht met vermelding van het bedrag, de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren.

[...]

2° een verklaring welke de werktuigen, het materieel en de technische uitrusting vermeldt waarover de inschrijver voor het realiseren van de opdracht beschikt en het bewijs dat de inschrijver hierover effectief zal kunnen beschikken.

Om deze opdracht in alle omstandigheden uit te kunnen voeren en om geselecteerd te kunnen worden, moet de dienstverlener gelijktijdig en te allen tijde minstens kunnen beschikken over:

. 2 zelfvarende pontons met een minimaal laadvermogen van 5 ton of 2 combinaties van sleepboot met ponton met een minimaal laadvermogen van 5 ton of een combinatie van elk van de twee voorgaande.

. [...]

Stadsbader nv voldoet aan dit selectie criterium.”

3.6.4. Aangezien de nv Stadsbader zowel voor perceel 1 als voor perceel 2 de laagste prijs biedt, wordt voorgesteld om de opdracht voor de beide percelen aan haar te gunnen.

3.7. Op 8 februari 2024 beslist de gedelegeerd bestuurder van de verwerende partij om de twee percelen van de opdracht te gunnen aan de nv Stadsbader. Dat is de bestreden beslissing.

IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: rechtsbeschermingswet), moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste en tweede middel

Uiteenzetting van de middelen

5. In het eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 4, 53, 56, 81 en 83 van de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 76 en 87 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), punt 1.1.2.2 van deel II, deel 1, van het bestek, het beginsel van gelijke behandeling en niet-discriminatie, en het beginsel “*patere legem quam ipse fecisti*”. Daarnaast verwijt zij de verwerende partij ook een “kennelijke beoordelingsfout”.

De verzoekende partij voert aan dat in punt 1.1.2.2 van deel II, deel 1, van het bestek wordt bepaald dat het ruimen te water moet gebeuren “met

de inzet van een zelfvarend ponton met een minimum laadvermogen van 5 ton of sleepboot met ponton met een minimum laadvermogen van 5 ton”. Volgens de verzoekende partij blijkt evenwel uit het gunningsverslag, meer bepaald uit de motieven in verband met het prijsonderzoek voor de posten 1 en 9 van perceel 1 en de posten 1 en 5 van perceel 2, dat de gekozen inschrijver een “sloep” heeft voorgesteld.

Derhalve heeft de verwerende partij, “in strijd met de bepalingen van het bestek en met de regels inzake transparantie en niet-discriminatie, een offerte [...] aanvaard die niet de in het bestek omschreven uitrusting aanbood”.

6. In het tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 83 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 4 en 5 van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, punt 1.1.2.2 van deel II, deel 1, van het bestek, en het beginsel van gelijke behandeling en niet-discriminatie. Daarnaast verwijt zij de verwerende partij ook een “kennelijke beoordelingsfout”.

De verzoekende partij voert aan dat de aanbestedende overheid, op grond van artikel 83 van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de regelmatigheid van de offertes dient te controleren.

Zij voert voorts aan dat, zoals uiteengezet in het eerste middel, de offerte van de gekozen inschrijver afwijkt van punt 1.1.2.2 van deel II, deel 1, van het bestek. Die offerte is daardoor onregelmatig. Uit het gunningsverslag blijkt echter niet dat de verwerende partij die non-conformiteit in aanmerking heeft genomen voor de beoordeling van de regelmatigheid van de offerte. De verwerende partij diende zich uit te spreken over de vraag of de bedoelde onregelmatigheid al dan niet substantieel was, maar zij heeft dat niet gedaan.

De verzoekende partij voert ook aan dat de prijs van een sloep veel lager is dan de prijs van een ponton. De gekozen inschrijver heeft daardoor een discriminerend voordeel gekregen.

Beoordeling

7. Het eerste en het tweede middel steunen beide op het feit dat de offerte van de gekozen inschrijver zou afwijken van punt 1.1.2.2.B van deel II, deel 1, van het bestek. De afwijking zou erin bestaan dat die bepaling van het bestek vereist dat de ruiming te water gebeurt met een zelfvarend ponton of een sleepboot met ponton, terwijl de gekozen inschrijver slechts een sloep aanbiedt.

Uit de offerte van de gekozen inschrijver, een vertrouwelijk stuk dat de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt dat deze aanbiedt om het vuil te ruimen met een boot die een ponton trekt. In het gunningsverslag wordt die boot een “sloep” genoemd, in overeenstemming met de omschrijving die gegeven wordt in post 32 van de meetstaat voor perceel 1 en post 25 van de meetstaat voor perceel 2.

Met de verwerende partij lijkt aldus aangenomen te kunnen worden dat de “sloep” waarvan sprake in de offerte van de gekozen inschrijver overeenstemt met de “sleepboot” bedoeld in het bestek, en dat die sleepboot verbonden is met een ponton.

Aldus lijkt de offerte van de gekozen inschrijver te voldoen aan het bestek, nu het voornoemde punt 1.1.2.2.B toelaat dat het ruimen gebeurt met de inzet van een “sleepboot met ponton”.

8. In de huidige stand van het geding neemt de Raad van State dienvolgens aan dat het eerste en het tweede middel lijken uit te gaan van een verkeerde lezing van het gunningsverslag, en dus feitelijke grondslag lijken te missen.

Die middelen zijn dan ook niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

9. In het derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 4 en 5 van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, en artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Daarnaast verwijt zij de verwerende partij ook een “kennelijke beoordelingsfout”.

De verzoekende partij voert aan dat de verwerende partij de door de gekozen inschrijver gegeven verantwoording voor diens totale prijs en voor de prijzen voor de posten 1 en 9 van perceel 1 heeft aanvaard, maar dat die beslissing op “onjuiste of irrelevante redenen” steunt.

In de toelichting bij het middel verwijst de verzoekende partij in de eerste plaats naar de beoordeling in het gunningsverslag van de elementen die de gekozen inschrijver ter verantwoording van zijn totaalprijs heeft aangevoerd. Volgens de verzoekende prijs gaat het bij die verantwoording om “algemene beweringen die niet in cijfers zijn vertaald”, zodat de verwerende partij had moeten concluderen dat de gekozen inschrijver de schijn van een abnormale totale prijs niet heeft weggenomen.

Vervolgens verwijst de verzoekende partij naar de conclusie in het gunningsverslag in verband met de totaalprijs van de gekozen inschrijver, welke conclusie gegeven wordt na een beoordeling van de verantwoording die voor een aantal eenheidsprijzen is gegeven. De verzoekende partij wijst erop dat, “ondanks de bemerkingen over de verantwoording van het totale offertebedrag”, de verwerende partij de totaalprijs op grond van vier elementen toch als normaal beoordeelt. De beoordeling van die vier elementen wordt door de verzoekende partij bekritiseerd als volgt:

- in zoverre, ten eerste, in het gunningsverslag wordt overwogen dat de prijsverantwoording voor het offertebedrag een aantal argumenten bevat die

onmiskenbaar een gunstige impact kunnen hebben op het algemeen prijsniveau, gaat het om een beoordeling die steunt op niet-gespecificeerde overwegingen;

- in zoverre, ten tweede, in het gunningsverslag wordt overwogen dat de prijsverantwoording van de gevraagde posten geen significante elementen bevat die wijzen op een abnormale prijsvorming, gaat het om een onjuiste beoordeling: zoals in het eerste en het tweede middel is aangevoerd, bevat de offerte van de gekozen inschrijver niet de elementen die nodig zijn voor een perfecte uitvoering van het contract, in overeenstemming met het bestek;

- in zoverre, ten derde, in het gunningsverslag wordt overwogen dat de posten waarvoor een prijsverantwoording is gegeven, voldoende representatief zijn om het verschil van meer dan 15 % ten opzichte van het getrimd gemiddelde te verklaren, gaat de verwerende partij eraan voorbij dat een bevroegde inschrijver de normaliteit van zijn prijs moet verantwoorden, niet de afwijking van zijn prijs ten opzichte van het gemiddelde van de offertes;

- in zoverre, ten vierde, in het gunningsverslag wordt overwogen dat de afwijking van het offertebedrag ten opzichte van de raming (< 15 %) beperkt is, gaat het om een opmerking die niet relevant is, aangezien de omvang van de kloof tussen het offertebedrag en het geraamde bedrag het vermoeden van het abnormaal karakter van de totaalprijs niet kan wegnemen.

Beoordeling

10. 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.

Het is op grond van die bepaling dat de verwerende partij de gekozen inschrijver te dezen bevroegd heeft over diens totaalprijs. Zij heeft hem daarbij ook bevroegd over de eenheidsprijzen voor een aantal posten, waaronder de posten 1 en 9 van perceel 1 en de posten 1 en 5 van perceel 2; die posten gaan over de “bijzonder oppervlakkige ruiming te water”.

De Raad van State merkt hierbij terloops op dat de grief die de verzoekende partij aanvoert in verband met de posten 1 en 9 van perceel 1 (grief gericht tegen het tweede element in de conclusie van het prijsonderzoek) ook aangevoerd lijkt te kunnen worden in verband met de posten 1 en 5 van perceel 2; die posten worden echter niet in het middel vermeld.

11. 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 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 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.”

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 binnen de perken van haar beoordelingsruimte is gebleven.

12. De grief in het derde middel is gericht tegen de motieven die de verwerende partij geeft voor haar oordeel dat de totaalprijs van de gekozen inschrijver als normaal beschouwd kan worden. Die motieven steunen op vier elementen.

12.1. Het eerste element betreft een aantal argumenten die de gekozen inschrijver ter verantwoording van zijn totaalprijs heeft aangehaald, en die volgens de aanbestedende overheid “onmiskenbaar een gunstige impact kunnen hebben op het algemeen prijsniveau”. Het gaat meer bepaald om de ervaring, het beschikken over een eigen depot in de nabije omgeving, en de aansturing van het project door een centrale logistieke dienst.

Niet-cijfermatige gegevens kunnen een prijsverantwoording uitmaken, des te meer indien een prijsverantwoording werd gevraagd voor de totaalprijs. Weliswaar erkent de verwerende partij in het gunningsverslag dat de door de gekozen inschrijver aangevoerde elementen onvoldoende geconcretiseerd zijn om op zichzelf het vermoeden van abnormaliteit van de totaalprijs te weerleggen. Zij is echter van oordeel dat die elementen, en in het bijzonder het beschikken over een eigen depot in de nabije omgeving en de opvolging en aansturing van de werken door een centrale logistieke dienst, “onmiskenbaar [wel] een gunstige impact kunnen hebben op het algemeen prijsniveau”, zodat zij daarmee rekening kan houden bij de beoordeling van de prijsverantwoording voor het totale offertebedrag. De verzoekende partij stelt hiertegenover enkel dat deze beoordeling steunt op niet-gespecificeerde overwegingen, zonder meer. Zij toont hiermee niet aan, en maakt ook niet aannemelijk, dat de verwerende partij op een onjuiste of onredelijke wijze geoordeeld heeft dat de genoemde gegevens een gunstige impact kunnen hebben op het algemeen prijsniveau.

De kritiek op het eerste element van de motivering is niet ernstig.

12.2. Het tweede element betreft de vaststelling dat het onderzoek van de gevraagde prijsverantwoording voor de eenheidsprijzen van bepaalde posten “geen significante elementen [heeft opgeleverd] die wijzen op abnormale prijsvorming”.

Hiertegen voert de verzoekende partij aan dat, zoals nader uiteengezet in het eerste en het tweede middel, er wel degelijk bepaalde posten zijn waaruit blijkt dat de gekozen inschrijver materieel zal inzetten dat niet in

overeenstemming is met het bestek, en waarmee hij geen perfecte uitvoering van de opdracht kan verzekeren. Uit de verwijzing naar het eerste en het tweede middel blijkt dat de verzoekende partij hiermee bedoelt dat de gekozen inschrijver een sloep zal inzetten in plaats van een zelfvarend ponton of een sleepboot met ponton.

Uit het onderzoek van het eerste en het tweede middel is gebleken dat de verzoekende partij lijkt uit te gaan van een verkeerde lezing van het bestek. Het gebruik van een sloep lijkt wel degelijk in overeenstemming te zijn met het bestek, en niets wijst erop dat de gekozen inschrijver daarmee de opdracht niet behoorlijk zou kunnen uitvoeren.

De kritiek op het tweede element van de motivering is niet ernstig.

12.3. Het derde element betreft de vaststelling dat de posten waarvoor een prijsverantwoording werd gegeven “in dit geval voldoende representatief [zijn] om het verschil van meer dan 15 % ten opzichte van het getrimd gemiddelde te verklaren”.

Volgens de verzoekende partij moet de prijsverantwoording gaan over de eigen prijzen, en niet over de afwijking van de eigen prijs ten opzichte het gemiddelde van de aangeboden prijzen.

Op zich is dit natuurlijk juist, maar dit neemt niet weg dat voor het aanvaarden van een prijsverantwoording voor de totale offerteprijs een aanbestedende overheid rekening mag houden met het feit dat bepaalde posten, waarvoor de prijsverantwoording werd aanvaard, in hun totaliteit het verschil tussen de totale offerteprijs en het gemiddelde van de offerteprijzen kunnen verklaren, en aldus het abnormaal lijkend karakter van de totale prijs kunnen wegnemen. Het oordeel van de verwerende partij dat dit te dezen het geval is, komt niet als onredelijk voor.

De kritiek op het derde element van de motivering is niet ernstig.

12.4. Het vierde element betreft de vaststelling dat de afwijking van de totale offerteprijs ten opzichte van de raming beperkt is, namelijk minder dan 15 %.

Volgens de verwerende partij is een verwijzing naar de raming niet relevant.

Anders dan de verzoekende partij het ziet, mag de door de aanbestedende overheid opgestelde raming wel degelijk gebruikt worden als maatstaf bij het prijsonderzoek. De mate waarin de totaalprijs van de offerte van een inschrijver in de lijn ligt van de raming is een element dat lijkt te mogen worden betrokken in de eindbeoordeling van een prijsverantwoording.

Gelet op de concrete offertebedragen ingediend voor de beide percelen van de opdracht, lijkt er te dezen geen reden te zijn om de raming van de waarde van de opdracht in zijn beide percelen *prima facie* als onrealistisch te beschouwen, en dus als ondienstig als maatstaf.

Zoals de verwerende partij bovendien opmerkt, heeft ATO in zijn adviezen uitdrukkelijk gesteld dat er in de ramingen voor de twee percelen geen opvallende onder- of overschattingen van prijzen zijn. Die adviezen zijn vertrouwelijk, maar de Raad van State heeft die kunnen inzien, en kan bevestigen dat ATO elk van de ramingen wel degelijk als “valabele benchmark” heeft aangemerkt. Dit is een gegeven dat ertoe bijdraagt dat op het eerste gezicht niet getwijfeld moet worden aan het realistisch karakter van de ramingen.

De kritiek op het vierde element van de motivering is niet ernstig.

13. Uit het voorgaande volgt dat de verzoekende partij niet

aannemelijk maakt dat de verwerende partij de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver voor zijn totale offerteprijs ten onrechte zou hebben aanvaard.

Het middel is niet ernstig.

VI. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op zesentwintig maart 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