RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 259.829 van 23 mei 2024
in de zaak A. 241.764/XII-9489

In zake: 1. de NV WYCOR
2. de NV FABRIBOIS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
Jean-Baptiste de Ghellincklaan 31/001
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD BRUSSEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stijn Butenaerts en Andy Hoedenaeken
kantoor houdend te 1080 Brussel
Leopold II-laan 180
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 24 april 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[d]e beslissing van de stad Brussel van 5 oktober 2023 en de beslissing van de stad Brussel van 5 januari 2024 die de voornoemde beslissing van 5 oktober 2023 verder rechtvaardigt, waarbij wordt beslist om de overheidsopdracht voor aanneming van werken 'Vervanging van houten kozijnen (ramen en deuren) in de Koningin Astrid school' te gunnen aan de [bv J.D.W] […] en waarbij ook impliciet wordt beslist om de opdracht niet te gunnen aan [de nv Wycor en de nv Fabribois]."

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 mei 2024.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de verzoekende partijen en advocaat Stijn Butenaerts, 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 werken met als voorwerp ‘de vervanging van houten kozijnen in de Koningin Astrid School’.

Als gunningswijze wordt gekozen voor de openbare procedure.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 28 juni 2023 en geraamd op 2.380.724,00 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. Aangaande de duur van de opdracht bepaalt het op de opdracht toepasselijk bijzonder bestek het volgende:

> “De totale duur van de opdracht is vastgelegd op 65 werkdagen.
> Er zijn 2 fasen voorzien :

Fase 1: De vervanging van ramen en deuren aan de binnengevels
Fase 2: De vervanging van ramen en deuren aan de buitengevels
Fase 2 begint pas als fase 1 is voltooid.
De fases volgen elkaar op en worden uitgevoerd in overleg met de schoolleiding en de verantwoordelijke agent van de Stad Brussel (klas voor klas of twee tot 3 klassen tegelijk).
De prestatieperiode loopt van het begin van fase 1 tot de voorlopige oplevering bij de voltooiing van fase 2.
De aanvang van de werken is gepland tijdens de zomervakantie van 2024. De werkzaamheden zullen dus waarschijnlijk tijdens de bouwvakantie worden uitgevoerd. De in juli en augustus 2024 vastgestelde bouwvakanties [worden] als werkdagen (…) beschouwd.
De eerste planning moet binnen 15 werkdagen vóór de datum van het begin van de werken worden ingediend en een maandelijkse update is verplicht tijdens de werken.
De aannemer moet op de werf een verantwoordelijke aanstellen, ongeacht de omvang van de opdracht. Hij moet voorzien in voldoende personeel en materieel om alle opdrachten binnen de opgegeven uitvoeringstermijn te kunnen uitvoeren.
Zonder bevel van de administratie mogen de werken niet worden begonnen of onderbroken.
De aannemer houdt rekening met het feit dat de werken gerealiseerd moeten worden op een manier die de bewoners en gebruikers het minst stoort, hetgeen kan inhouden dat er sommige fasen ’s nachts zouden moeten worden uitgevoerd, tijdens het weekend, op wettelijke verlof- of schooldagen, middels het akkoord van de leidend ambtenaar. Daartoe zullen de toepasselijke wettelijke en reglementaire bepalingen worden nageleefd.”

Wat de vereiste technische en beroepsbekwaamheid betreft, vereist het bestek onder meer het volgende:

“- Lijst van verrichte werken (art. 68, §4, 1° KB 18.04.2017)
De inschrijver zal moet [*sic*] 2 referenties van de uitgevoerde werken gelijkaardig (installatie en/of vervanging van kozijnen) voor een minimum bedrag van 750.000 EUR excl. btw elk [voorleggen] en die hij in de loop van de voorbije 5 jaar heeft uitgevoerd, ten minste met vermelding van:
• hun aard;
• hun bedrag;
• de begin- en einddatum van de werken;
• de volledige contactgegevens (naam van de contactpersoon, adres, telefoonnummer, e-mailadres) van hun publieke of private begunstigden.
Bij elke referentie waarvan hieronder sprake is, zal de inschrijver een certificaat van goede uitvoering voegen:
• opgesteld of medeondertekend door de bevoegde instantie indien het gaat om werken uitgevoerd voor publieke instanties;

• opgesteld of medeondertekend door de aankoper van de privéonderneming of bij gebrek verklaard op eer door de aannemer, indien het gaat om werken uitgevoerd voor privéondernemingen."

Met het oog op de indiening van de voormelde referenties bevat punt 4.2 van het bestek de volgende bijlage:

4.2. GELIJKAARDIGE REFERENTIES (ART. 68, §4, 1° AR 18/04/2017)

Aard van uitgevoerde werken	Bedrag van uitgevoerde werken	Begindatum en einddatum van de werken	Complete contactgegevens (contactpersoon, adres, telefoonnummer, e-mail adres en faxnummer) van hun publieke of private begunstigden	Certificaat van goede uitvoering

De prijs is het enige gunningscriterium.

Wat de vereisten inzake de levering en de plaatsing van nieuwe ramen betreft, wordt in de technische bepalingen van het bestek onder meer het volgende gesteld:

"3.8. LEVERING EN PLAATSING VAN NIEUWE RAMEN
Technische beschrijvingen (houtsoorten, vervaardiging en installatie van frames ...)
Prestaties in overeenstemming met de eisen 52.0 en 52.1 van STS [spécifications techniques – technische specificaties] 52 'buitenschrijnwerk'.
Het gebruikte hout is hout dat overeenkomt met duurzaam en legaal gekapt hout. Om de herkomst van het hout vast te stellen, wordt de inschrijver verzocht een boscertificeringssysteem aan zijn offerte toe te voegen.
Hout:

> Het hout moet voldoen aan de kenmerken van index 04 en volgende van de standaardspecificatie nr. 104 van 1963 en nbn-normen 100 en 272.
> Het hout van de kozijnen is in AFZELIA, superieure kwaliteit.
> De frames zijn esthetisch vervaardigd op de oude manier, maar zijn voorzien van de isolatiekwaliteiten die kenmerkend zijn voor moderne frames (triple strike type chassis en thermische en geluidsafdichtingen, de hardware wordt op de oude manier toegepast).
> […]”

3.3. Twee inschrijvers dienen een offerte in, met name de bv J. D.W. voor een totaalbedrag van 1.495.520,89 euro, btw niet inbegrepen, en de combinatie Wycor – Fabribois voor een totaalbedrag van 2.406.050,50, btw niet inbegrepen.

3.4. Er wordt een gunningsverslag opgesteld.

Wat de vereiste referenties betreft, bevat de overzichtstabel inzake het nazicht van de uitsluitingsgronden en de selectie voor beide inschrijvers de vermelding “OK”. Als algemeen besluit wordt vermeld dat beide inschrijvers voldoen aan de selectie-eisen en dat zij worden geselecteerd.

Vervolgens worden beide offertes ook formeel regelmatig verklaard en vermeldt het gunningsverslag dat er geen opmerkingen zijn betreffende de materiële regelmatigheid van de offertes.

Inzake het nazicht van de prijzen vermeldt het gunningsverslag:

> “De aanbestedende overheid (AO) is overgegaan tot het nazicht van de prijzen overeenkomstig het artikel 35 van het KB van 18/04/2017. De AO heeft geen bijkomende informatie gevraagd, de prijzen lijken correct te zijn.”

Nadat beide offertes regelmatig worden bevonden, worden zij getoetst aan het enige gunningscriterium, de prijs. Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de bv J.D.W. aangezien deze de laagste prijs heeft ingediend met een bedrag van 1.495.520,89 euro, btw niet inbegrepen.

3.5. Op 5 oktober 2023 beslist het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij om de opdracht overeenkomstig het gunningsverslag te gunnen aan de bv J.D.W.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.6. Op 24 november 2023 beslist de Brusselse minister bevoegd voor plaatselijke besturen, als toezichthoudende overheid, om de gunningsbeslissing van 5 oktober 2023 in haar tenuitvoerlegging te schorsen op grond van de volgende overwegingen:

> "Overwegende dat in het kader van de gunningsbeslissing, de aanbestedende overheid van mening is dat offertes van de inschrijvers aan de kwalitatieve selectie voldoen en regelmatig zijn, zonder enige andere uitleg; dat de impliciete beslissing van hun selectie niet gemotiveerd is door elementen in rechte en in feite, in tegenspraak met artikel 5, 3° en 6°, van de […] wet van 17 juni 2013; dat de offerte van [de gekozen inschrijver] bovendien onvolledig is ten aanzien van de bepalingen van het bestek inzake de kwalitatieve selectie; dat inderdaad blijkt uit de bijgevoegde stukken van het aan de Gewestelijke Administratie doorgezonden dossier dat deze inschrijver geen referentie van werken van 5 jaar, maar van 6 jaar heeft voorgelegd (2017);
>
> Overwegende dat artikel 33 van het […] koninklijk besluit van 18 april 2017 specifieert dat de aanbestedende overheid moet overgaan tot de verificatie van de prijzen en de kosten, overeenkomstig artikel 35 van ditzelfde koninklijk besluit; dat er uit het analyserapport van de offertes blijkt dat de aanbestedende overheid tot de verificatie van de prijzen is overgegaan en heeft besloten: 'de aanbestedende overheid heeft geen bijkomende informatie gevraagd, de prijzen lijken correct te zijn'; dat de Gewestelijke Administratie evenwel vraagtekens plaatst bij de doeltreffendheid van de prijsverificatie, aangezien zij een vrij groot verschil heeft vastgesteld tussen de totale prijzen van de offertes; dat deze bedragen immers schommelen tussen 1.585.252,15 euro (BTWi) [de gekozen inschrijver] en 2.550.413,53 euro (BTWi) (Wycor nv); dat het verslag van de verificatie van de prijzen derhalve onnauwkeurig is; dat hieruit volgt dat het fundamentele beginsel van transparantie, zoals bedoeld in artikel 4 van de voormelde wet van 17 juni 2016, niet wordt nageleefd."

3.7. Op 5 januari 2024 beslist het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij om de gunningsbeslissing van 5 oktober 2023 te handhaven.

Dit is de tweede bestreden beslissing, die enkel in het Frans blijkt te zijn gesteld.

In dit besluit merkt de verwerende partij op, wat de eerste schorsingsgrond betreft, dat overeenkomstig de vaste rechtspraak van de Raad van State de beslissing waarbij wordt vastgesteld dat aan een selectiecriterium is voldaan niet noodzakelijk moet worden veruitwendigd in de gunningsbeslissing, in tegenstelling tot de redenen die ten grondslag liggen aan de niet-selectie van een inschrijver, die op een adequate wijze moeten worden gemotiveerd in de selectiebeslissing. Zo wijst zij er bij wijze van voorbeeld op dat de vermelding "OK" voor een inschrijver die over de vereiste erkenning beschikt steeds als een voldoende motivering werd aanvaard, zonder dat het vereist is om de erkenningen op te sommen waarover deze inschrijver beschikt.

Met betrekking tot het motief in het schorsingsbesluit dat de referentie voor de voorgelegde werkzaamheden niet vijf maar zes jaar oud is, omdat de werkzaamheden in 2017 zijn uitgevoerd, wordt in het voormelde besluit van het college van burgemeester en schepenen gesteld dat rekening moet worden gehouden met het feit dat nadien een garantieperiode is beginnen lopen en dat de op het certificaat van goede uitvoering vermelde datum 29 april 2020 is.

Daaraan wordt toegevoegd dat de stad Brussel in haar bestekken over het algemeen aangeeft dat de referentietermijn van vijf jaar inhoudt dat de werken het stadium van de voorlopige oplevering of de definitieve oplevering dienen te hebben bereikt in de loop van de vijf laatste jaren. Aangezien deze verduidelijking niet in het onderhavige bijzondere bestek is opgenomen, moeten de algemene rechtsbeginselen worden toegepast. Overeenkomstig de klassieke regels van interpretatie, van toepassing in het administratief recht, moet een overeenkomst worden uitgelegd in het nadeel van degene die haar heeft gesloten, en dus hier in het voordeel van de inschrijver. Om die reden is het passend ervan uit te gaan dat de uiterste datum voor de uitvoering van de opdracht die van de definitieve oplevering is en bijgevolg de referentie van de inschrijver te aanvaarden.

Wat de verificatie van de prijzen betreft, wordt in het handhavingsbesluit bevestigd dat de verwerende partij een verificatie van de prijzen heeft verricht. Gesteld wordt dat de prijzen van de gekozen inschrijver weliswaar aanzienlijk verschillen van die van de andere inschrijver, maar dat de aanbestedende overheid de gekozen inschrijver niet om aanvullende informatie heeft verzocht aangezien zijn prijzen correct leken, dat wil zeggen dat er geen sprake was van schijnbaar abnormale prijzen.

Verduidelijkt wordt dat deze beslissing gebaseerd was op de kennis van de markt door de aanbestedende overheid, die met name de door de gekozen inschrijver ingediende prijzen heeft vergeleken met die van de prijslijst van de UPA –vakvereniging van architecten – en met die van zijn jaarlijkse aannemer voor timmerwerk, rekening houdend met inflatie en prijsherzieningen. Aangezien de prijzen van de gekozen inschrijver gemiddeld in overeenstemming waren met de voornoemde prijzen, mocht de aanbestedende overheid terecht oordelen dat deze correct waren en niet overgaan tot bevraging van de inschrijver.

Wat ten slotte de beweerde schending van het transparantiebeginsel betreft, wordt erop gewezen dat deze moet worden beoordeeld in het licht van de vertrouwelijkheid van de prijzen, die de aanbestedende overheid toeliet om te motiveren dat de prijzen van de gekozen inschrijver correct waren zonder gedetailleerde cijfers te verstrekken die het geheime karakter van de offertes en de vertrouwelijkheid van de prijzen in het gedrang zouden brengen.

3.8. Met een schrijven van 5 februari 2024 deelt de toezichthoudende overheid aan de verwerende partij mee dat de toezichtstermijn voor het handhavingsbesluit van 5 januari 2024 is verstreken.

3.9. Met een aangetekende brief en een emailbericht van 15 maart 2024 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partijen mee dat hun offerte niet werd gekozen. Als bijlage wordt slechts een afschrift gevoegd van het niet-gedateerde gunningsverslag.

3.10. Met een e-mailbericht van 26 maart 2024 en een aangetekend schrijven verzonden op 10 april 2024 stelt de verwerende partij de verzoekende partijen in kennis van de bestreden beslissingen van 5 oktober 2023 en 5 januari 2024, evenals van het schrijven van de toezichthoudende overheid van 5 februari 2024.

IV. Rechtspleging

4.1. De verzoekende partijen dienen daags vóór de terechtzitting een pleitnota en twee bijkomende stukken in.

4.2. De procedureregeling voorziet niet in de neerlegging van een dergelijke nota, noch werd erom gevraagd door de Raad van State of het Auditoraat. In zoverre de pleitnota de neerslag vormt van het pleidooi ter terechtzitting van de verzoekende partijen, wordt ze niet als een processtuk, maar als een loutere inlichting in aanmerking genomen.

Het bijkomend stuk I.22 blijkt te dateren van 26 april 2024 en dus van na het indienen van het verzoekschrift, zodat dit op het eerste gezicht nog in aanmerking kan worden genomen in zoverre het louter dient ter ondersteuning van de argumentatie zoals reeds ontwikkeld in het verzoekschrift.

Het bijkomend stuk I.23, dat e-mailberichten omvat die dateren van november 2022, had op het eerste gezicht reeds bij het verzoekschrift kunnen worden gevoegd en wordt bijgevolg uit het debat geweerd.

V. Vertrouwelijkheid van bepaalde stukken

5.1. Beide partijen vragen om de vertrouwelijke behandeling van een aantal stukken, waaronder de offertes van de inschrijvers.

De verzoekende partijen vragen om de referenties van de gekozen inschrijver als niet-vertrouwelijk te willen voorleggen. De verwerende partij verzet zich daartegen.

5.2. Te dezen kan worden vastgesteld dat de stukken waarvan de verwerende partij de vertrouwelijke behandeling vraagt afzonderlijk zijn neergelegd, dat de vertrouwelijkheid ervan uitdrukkelijk is aangegeven en vermeld in de inventaris en dat motieven voor die vraag worden gegeven. Er belet dus alvast op formeel vlak de Raad van State niets om in te gaan op de gevraagde vertrouwelijke behandeling.

De Raad acht het niet raadzaam om reeds in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid – en dus zonder diepgaand onderzoek – de vertrouwelijkheid te lichten van de als vertrouwelijk neergelegde stukken, aangezien niet kan worden uitgesloten dat deze stukken gegevens bevatten die onder het zakengeheim van de kandidaten of inschrijvers vallen. Het lichten van de vertrouwelijkheid van dergelijke stukken kan ingrijpende en niet omkeerbare gevolgen hebben voor het zakengeheim van de betrokken inschrijvers.

5.3. Hierbij dient te worden opgemerkt dat de verzoekende partijen in hun verzoekschrift uitdrukkelijk vragen om hún integrale offerte, en dus met inbegrip van de door hen voorgelegde referenties, als vertrouwelijk te behandelen op grond dat deze stukken bedrijfsgevoelige informatie en zakengeheimen zouden bevatten.

Te dezen blijken de verzoekende partijen voorts niet te zijn gehinderd bij het aanvoeren van een middel tegen de selectie van de gekozen inschrijver.

Er blijkt op het eerste gezicht niet hoe de niet-inzage van de betrokken stukken uit de offerte van de gekozen inschrijver te dezen een effectieve rechtsbescherming aan de verzoekende partijen zou ontzeggen, noch afbreuk zou doen aan hun recht op een eerlijk proces.

Hoe dan ook belet het vertrouwelijk karakter van de neergelegde stukken de Raad van State niet deze bij zijn beoordeling van de aangevoerde middelen te betrekken.

5.4. Het lichten van de vertrouwelijkheid van het betrokken onderdeel van de offerte van de gekozen inschrijver is in de huidige stand van de zaak niet vereist.

VI. Nadere precisering van het voorwerp van het beroep

6.1. Het voorliggende beroep richt zich zowel tegen de gunningsbeslissing van 5 oktober 2023 als tegen de beslissing van de verwerende partij van 5 januari 2024 die de voornoemde beslissing van 5 oktober 2023 nader rechtvaardigt.

Daargelaten de vraag of een handeling van een college van burgemeester en schepenen waarbij het een door de toezichthoudende overheid geschorste beslissing rechtvaardigt, een voor vernietiging en schorsing vatbare rechtshandeling is, valt op te merken dat de verwerende partij in haar nota met opmerkingen zelf stelt dat zij op 5 januari 2024 een “nieuwe beslissing” heeft genomen waarin zij haar vorige beslissing van 5 oktober 2023 bevestigt en de tweede bestreden beslissing ook omschrijft als “de gunningsbeslissing” van 5 januari 2024.

De Raad van State stelt ook vast dat de verwerende partij in het besluit van 5 januari 2024 substantiële aanvullende inhoudelijke motieven bijbrengt, die niet waren opgenomen in de initiële gunningsbeslissing.

6.2. In de huidige stand van het geding wordt in het licht van het voorgaande en voor de duidelijkheid van het rechtsverkeer dan ook aangenomen dat de beide bestreden beslissingen als een beslissing van een aanbestedende instantie lijken te kunnen worden beschouwd. Beide beslissingen lijken dan ook het voorwerp te kunnen uitmaken van een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging overeenkomstig artikel 15 van de voormelde 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), gelezen in samenhang met artikel 14 van die wet.

VII. Ontvankelijkheid van de vordering

7.1. De verzoekende partijen vorderen ook de schorsing van de uitvoering van de impliciete beslissing om de opdracht niet aan hen te gunnen.

Een verzoekende partij die de nietigverklaring vraagt of de schorsing van de tenuitvoerlegging vordert van een impliciete weigeringsbeslissing, moet aantonen dat er uitzonderlijke omstandigheden zijn die wijzen op een rechtsplicht om de opdracht aan haar te gunnen.

Geen van de middelen die de verzoekende partijen te dezen aanvoeren, lijkt op het eerste gezicht in te houden dat de verwerende partij na een schorsing geen andere rechtsgeldige keuze meer heeft dan de opdracht aan de verzoekende partijen te gunnen.

7.2. De vordering dient als niet ontvankelijk te worden verworpen in zoverre ze is gericht tegen de impliciete weigeringsbeslissing.

VIII. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

8. 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 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.

IX. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

9. In een eerste middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 66 en 71 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 65 en 68 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), de materiële motiveringsplicht, het bestek en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Zij achten deze bepalingen en beginselen geschonden,

> “Doordat de verwerende partij oordeelt en motiveert dat de gekozen inschrijver (…) voldoet aan het door haar vastgestelde selectiecriterium ter bewijs van de technische bekwaamheid en haar selecteert;
> Terwijl de [gekozen inschrijver] bij [zijn] offerte kennelijk geen twee referenties heeft gevoegd van gelijkaardige uitgevoerde werken voor een minimum bedrag van 750.000 EUR excl. BTW ieder en die [hij] in de loop van de voorbije 5 jaar heeft uitgevoerd, zoals door de verwerende partij als selectievoorwaarde in het bestek is bepaald; Dat vooreerst niet blijkt dat de [gekozen inschrijver] wel degelijk twee referenties van gelijkaardige uitgevoerde werken bij [zijn] offerte heeft voorgelegd, en dat, ten tweede, zelfs als twee referenties zouden zijn voorgelegd, één daarvan geen werken betreft die de [gekozen inschrijver] in de loop van de voorbije 5 jaar heeft uitgevoerd; Dat de verwerende partij de [gekozen inschrijver] aldus niet kon selecteren en bijgevolg de opdracht ook niet aan [deze inschrijver] kon gunnen;
> Zodat de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen zijn geschonden.”

In de toelichting bij hun middel zetten zij uiteen dat uit het besluit van 24 november 2023 van de toezichthoudende overheid blijkt dat de gekozen inschrijver slechts één referentie heeft voorgelegd in de plaats van twee, zoals vereist door het bestek.

In elk geval voldoet één van de referenties van de gekozen inschrijver volgens hen niet wat de relevante periode van uitvoering van de werken betreft nu de einddatum of datum van de voorlopige oplevering van deze werken dateert van 2017 en dus van zes jaar geleden. Zij betogen dat in het bestek wordt bepaald dat de inschrijvers per referentie de begin- en einddatum van de werken dienen te vermelden. Aldus heeft de verwerende partij duidelijk aangegeven dat zij

de einddatum van de referentiewerken bepalend achtte voor de referentieperiode. Zij vragen zich af waarom deze einddatum anders diende te worden vermeld.

De einddatum of voltooiingdatum van de werken is volgens de verzoekende partijen de datum van voorlopige oplevering van de werken, hetgeen volgens hen ook volgt uit artikel 92, § 2, van koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’ (hierna: koninklijk besluit uitvoering).

Volgens de verzoekende partijen kan te dezen geen rekening worden gehouden met de datum van het proces-verbaal van definitieve oplevering omdat, in tegenstelling tot wat volgens de verwerende partij in sommige andere van haar bestekken het geval is, het te dezen toepasselijk bijzonder bestek niet bepaalt dat de datum van definitieve oplevering van de werken bepalend is als uiterste datum voor het beoordelen van de relevante uitvoeringsperiode. Het bestek bepaalt voorts duidelijk dat de “einddatum” bepalend is, zodat dit geen interpretatie behoeft. Hoe dan ook kan de verwerende partij volgens hen te dezen niet steunen op regels inzake de interpretatie van overeenkomsten.

Ten slotte stellen de verzoekende partijen vast dat in de beslissing van 5 januari 2024 ook enkel wordt verwezen naar de datum van het attest van goede uitvoering, zijnde 29 april 2020, doch nergens naar de datum van de definitieve oplevering.

10. In haar nota voert de verwerende partij in de eerste plaats aan dat het middel feitelijke grondslag mist in zoverre voorgehouden wordt dat de gekozen inschrijver geen twee referenties heeft bijgebracht.

De verwerende partij erkent voorts dat op basis van de offerte van de gekozen inschrijver kan worden vastgesteld dat één referentie het jaartal 2017 vermeldt, maar betoogt dat op basis van het proces-verbaal van definitieve oplevering de werken pas definitief werden opgeleverd op datum van 26 augustus 2019, zijnde binnen de referentieperiode van de voorbije vijf jaar.

Het standpunt van de verzoekende partijen dat rekening dient te worden gehouden met de datum van de voorlopige oplevering om de effectieve einddatum van de uitgevoerde werken te achterhalen, kan volgens de verwerende partij niet worden bijgevallen nu zij zelf geen concreet referentiepunt of mijlpaal heeft opgenomen in het bestek.

Ook artikel 92 van het koninklijk besluit uitvoering, waarop de verzoekende partijen hun standpunt steunen, bepaalt volgens haar niets over de datum waarop de overheidsopdracht is uitgevoerd. Overigens kunnen er volgens haar wel degelijk nog werken of prestaties worden uitgevoerd tijdens de waarborgperiode en gelden er in die periode nog redelijk wat verplichtingen waaraan de aannemer moet voldoen, zodat de opdracht in die zin niet reeds als voltooid kan worden beschouwd bij opmaak van het proces-verbaal van voorlopige oplevering. Daarentegen ondersteunen de artikelen 35, § 2, 64, 68, § 4, en 84 van het voormelde koninklijk besluit volgens haar de visie dat de definitieve oplevering het eindpunt is van de overheidsopdracht. De aanbestedende overheid kan volgens haar slechts uitsluitsel hebben over de wijze van uitvoering en het resultaat van de werken indien zij beschikt over een proces-verbaal van definitieve oplevering.

Het is volgens de verwerende partij dan ook niet onredelijk in hoofde van de aanbestedende overheid om de periode van de voorbije vijf jaar te laten aanvangen vanaf het proces-verbaal van de definitieve oplevering.

Beoordeling

11. Overeenkomstig artikel 66, § 1, eerste lid, 2º, van de wet overheidsopdrachten 2016, mag de opdracht enkel worden gegund nadat de aanbestedende overheid erop heeft toegezien dat de offerte uitgaat van een inschrijver die voldoet aan de door haar vastgestelde selectiecriteria.

Overeenkomstig artikel 71 van de wet overheidsopdrachten 2016 dient de aanbestedende overheid deze voorwaarden te beperken tot die welke kunnen garanderen dat een kandidaat of inschrijver over de technische bekwaamheden en beroepsbekwaamheden beschikt om de te gunnen opdracht uit

te voeren, en houden alle voorwaarden verband met en staan ze in verhouding tot het voorwerp van de opdracht.

Artikel 68, § 4, 1°, a), van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt dat als bewijsmiddel van de technische bekwaamheid van de ondernemer mag worden aangenomen:

> "a) een lijst van de werken die gedurende de afgelopen periode van maximaal vijf jaar werden verricht en vergezeld gaat van certificaten die bewijzen dat de belangrijkste werken naar behoren zijn uitgevoerd, zowel met betrekking tot de wijze van uitvoering als met betrekking tot het resultaat; indien noodzakelijk om een toereikend mededingingsniveau te waarborgen, kunnen de aanbestedende overheden aangeven dat bewijs van relevante werken die langer dan vijf jaar geleden zijn verricht toch in aanmerking wordt genomen."

Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe om de geschiktheid te beoordelen van een inschrijver om de opdracht zoals omschreven in het bestek te volbrengen. Daarbij dient zij de regels die zij zelf heeft vastgesteld in de opdrachtdocumenten te respecteren. Wanneer niet is voldaan aan de gestelde minimumeisen inzake selectie mag de aanbestedende overheid de betrokken inschrijver niet selecteren, op straffe van haar eigen opdrachtdocumenten te schenden.

12. Met betrekking tot de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid vereist het toepasselijke bestek de voorlegging van een lijst van verrichte werken. Bepaald wordt dat de inschrijver "2 referenties van de uitgevoerde werken gelijkaardig (installatie en/of vervanging van kozijnen) voor een minimum bedrag van 750.000 EUR excl. btw elk [moet voorleggen] en die hij in de loop van de voorbije 5 jaar heeft uitgevoerd", met vermelding van onder meer "de begin- en einddatum van de werken".

Met het oog op de indiening van de voormelde referenties bevat het bestek ook een door de inschrijvers in te vullen tabel waar in één van de kolommen de "Begindatum en einddatum van de werken" dient te worden opgegeven.

Er blijkt voorts op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij te dezen gebruik heeft gemaakt van de in voormeld artikel 68, § 4, 1°, a), geboden mogelijkheid om, indien noodzakelijk om een toereikend mededingingsniveau te waarborgen, in de opdrachtdocumenten aan te geven dat bewijs van relevante werken die langer dan vijf jaar geleden zijn verricht toch in aanmerking wordt genomen.

13. Uit de offerte van de gekozen inschrijver, die als vertrouwelijk stuk werd neergelegd maar die de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt dat deze inschrijver niet slechts één, maar wel degelijk twee referenties bij zijn offerte heeft gevoegd.

In zoverre de verzoekende partijen betwisten dat twee referenties bij de offerte werden gevoegd, mist het middel dan ook feitelijke grondslag.

14. De bij de offerte van de gekozen inschrijver gevoegde ingevulde referentietabel vermeldt voor deze twee referenties als begin- en einddatum van de werken respectievelijk: ‘2017’ en ‘2017-2018’. Voor beide referenties wordt een attest van goede uitvoering gevoegd waarin als datum van uitvoering van de werken respectievelijk ‘2017’ en ‘2017-2018’ wordt vermeld. Deze attesten van goede uitvoering dateren van 29 april 2020 en van 18 maart 2021.

Daarnaast legt de verwerende partij nog een ‘proces-verbaal van definitieve oplevering’ voor als stuk 11 van het administratief dossier, waarvan zij ter terechtzitting verklaart dat zij dit stuk bijkomend heeft opgevraagd aan de gekozen inschrijver, en dat op het eerste gezicht betrekking heeft op het voormelde referentieproject dat geheel in 2017 werd uitgevoerd. Dit proces-verbaal van definitieve oplevering blijkt te dateren van 26 augustus 2019.

15. Met de verzoekende partijen wordt vastgesteld dat het bestek uitdrukkelijk bepaalt dat de inschrijvers per referentie de begin- en einddatum van de werken dienen te vermelden en dat aldus de einddatum van de werken bepalend lijkt als beginpunt van de referentieperiode. Dit wordt eens te meer bevestigd in de bij het bestek gevoegde tabel met het oog op de indiening van de referenties en

waar in één van de kolommen de begin- en einddatum van de werken dienden te worden vermeld.

Deze bestekbepaling dient ook samen te worden gelezen met artikel 68, § 4, 1º, a), van het koninklijk besluit plaatsing 2017, waarin omschreven wordt hoe de inschrijvers hun technische bekwaamheid kunnen bewijzen. Daarin wordt onder meer verwezen naar ‘een lijst van de werken die gedurende de afgelopen periode van maximaal vijf jaar werden verricht’ hetgeen op het eerste gezicht veeleer lijkt te wijzen op de eigenlijke uitvoering van de werken, ook in het licht van het doel van het opleggen van selectiecriteria inzake de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid, dat er onder meer in bestaat te kunnen nagaan of de inschrijver over een voldoende recente ervaring beschikt om de opdracht volgens een passend kwaliteitsniveau uit te voeren.

16. Aldus lijkt minstens de referentie die als begin- en einddatum het jaar 2017 vermeldt, op het eerste gezicht buiten de vereiste referentieperiode te vallen zoals omschreven in het bestek.

17. In zoverre de verwerende partij betoogt dat de referentie die betrekking heeft op werken die werden uitgevoerd in het jaar 2017 kan worden aanvaard, op grond dat de definitieve oplevering ervan plaats vond in de loop van het jaar 2019, kan zij niet worden bijgevallen.

Op het eerste gezicht komt het toe aan de aanbestedende overheid om de *dies a quo* en *ad quem* van de referentietermijn van vijf jaar in de aankondiging of de opdrachtdocumenten te preciseren indien zij hieraan een bijzondere invulling beoogt te geven, en dit op een objectieve wijze zodat een identieke referentieperiode geldt voor alle inschrijvers.

Het te dezen toepasselijke bestek blijkt, anders dan volgens de verwerende partij het geval is in sommige andere van haar bestekken, evenwel niet het proces-verbaal van definitieve oplevering als relevante datum in het licht van de vereiste referentieperiode te vermelden.

Geen van beide inschrijvers blijkt in de offerte dan ook melding te hebben gemaakt van de datum van het proces-verbaal van definitieve oplevering, dat in de praktijk vaak pas enkele jaren na de eigenlijke uitvoering van de werken wordt opgesteld. Er wordt in de offertes enkel melding gemaakt van de begin- en einddatum van de werken zoals gevraagd in het bestek en, wat de verzoekende partijen betreft, ook bijkomend van een datum van voorlopige oplevering.

18. In zoverre de verwerende partij nog verwijst naar de artikelen 35, § 2, 64, 68, § 4, en 84 van het koninklijk besluit uitvoering gaat zij eraan voorbij dat het bestek verwijst naar de einddatum van de werken, hetgeen betrekking lijkt te hebben op de uitvoering van de prestaties die het voorwerp van de opdracht uitmaken, en niet naar de volledige beëindiging van de opdracht, met inbegrip van de waarborgperiode en dus de definitieve oplevering.

Daargelaten de vraag of de aangehaalde bepalingen de aanbestedende overheid toelaten de datum van definitieve oplevering in de aankondiging en het bestek als beginpunt voor de relevante referentieperiode te vermelden, stelt de Raad van State op het eerste gezicht vast dat dergelijke vermelding in het te dezen toepasselijk bestek ontbreekt.

19. Bijgevolg blijkt noch uit de offerte van de gekozen inschrijver, noch uit de andere stukken van het administratief dossier dat de aanbestedende overheid op grond van de voor haar beschikbare informatie de voormelde referentie van de gekozen inschrijver qua referentieperiode in aanmerking mocht nemen.

Door de betrokken selectievoorwaarde derwijze in te vullen dat een referentie die betrekking heeft op werken die werden uitgevoerd in 2017 wordt aanvaard omdat de definitieve oplevering ervan plaats vond in de loop van 2019, en de gekozen inschrijver bijgevolg te selecteren, heeft de verwerende partij op het eerste gezicht in strijd met haar eigen bestek gehandeld en zodoende het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* geschonden.

20. Het eerste middel is in de besproken mate ernstig.

B. Derde middel

Standpunt van de partijen

21. In een derde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 83 en 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 33, 35 en 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

Zij achten deze bepalingen en beginselen geschonden,

> "Doordat de verwerende partij heeft geoordeeld dat de prijzen van de gekozen inschrijver (…), hoewel die aanzienlijk verschillen van die van de verzoekende partijen, niet schijnbaar abnormaal laag lijken en zij aldus geen prijsverantwoording dient te vragen c.q. vraagt aan deze inschrijver;
> Doordat de verwerende partij tot de normaliteit van de (totaal en eenheids-) prijzen van de [gekozen inschrijver] besluit op basis van een vergelijking van de prijzen van de [gekozen inschrijver] met de prijzen van de prijslijst van de professionele architectenvereniging UPA en met de prijzen van haar jaarlijkse aannemer voor schrijnwerk, waaruit zou blijken dat de prijzen van [de gekozen inschrijver] gemiddeld overeenkomen met deze voornoemde prijzen;
> Terwijl de door de [gekozen inschrijver] aangeboden totaalprijs niet alleen 38 % onder de totaalprijs van de verzoekende partijen ligt, maar eveneens meer dan 37 % onder de ramingsprijs van de opdracht, waarvan de verwerende partij nochtans niet stelt dat noch aantoont waarom deze raming onjuist zou zijn;
> En terwijl de voormelde motieven van de verwerende partij om de prijzen van de [gekozen inschrijver] toch als normaal te beschouwen en niet tot een prijsbevraging over te gaan, géén in feite en in rechte juiste, aanvaardbare en draagkrachtige motieven zijn en haar beoordeling géén zorgvuldige en redelijke beoordeling blijkt te zijn;
> Zodat de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen zijn geschonden."

In de toelichting bij het middel erkennen de verzoekende partijen dat artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 te dezen niet van toepassing is nu slechts twee offertes werden ingediend. Zij betogen echter dat de offerte van de gekozen inschrijver niet alleen sterk afwijkt van de totaalprijs van de verzoekende partijen, maar eveneens sterk verschilt van de raming van de

opdracht waarmee de verwerende partij in haar beslissing en motivering geen rekening houdt en waarvan zij evenmin aangeeft waarom dat deze onjuist zou zijn. De grote afwijkingen van de raming en van de prijs van de enige andere offerte dienden volgens de verzoekende partijen bij een normaal zorgvuldige aanbestedende overheid dan ook argwaan te wekken — omdat de totale offerteprijs wel erg laag lijkt in verhouding tot de uit te voeren prestaties — en aanleiding te geven tot een bevraging van de betrokken inschrijver, dan wel een doorgedreven inhoudelijke motivering om over die schijnbare abnormaliteit heen te stappen.

De verzoekende partijen betwisten voorts uitvoerig de bijkomende rechtvaardiging zoals opgenomen in het rechtvaardigingsbesluit op grond waarvan de verwerende partij besluit tot de normaliteit van de totaal- en eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver.

De gemaakte vergelijking met de prijzen van het prijsborderel UPA is volgens hen niet dienstig omdat in dit prijsborderel voor buitenramen en deuren enkel prijzen zijn opgenomen voor houten schrijnwerk in Meranti, naast schrijnwerk in aluminium en PVC, en dus niet in het te dezen door het bestek vereiste Afzelia hout. Zij wijzen er bovendien op dat er een wezenlijk prijsverschil is tussen ramen in Meranti en ramen in Afzelia, hetgeen zij ook onderbouwen met een concrete berekening, waarin rekening wordt gehouden met de minimumprijzen in het prijsborderel UPA en een vermeerdering van 25 % wordt toegepast voor de uitvoering in Afzelia. Zij betogen dat vertrekkend van de minimumprijzen in het prijsborderel UPA en de toeslag voor Afzelia, de vier hoofdposten (posten 3-8, 3-9, 4-8 en 4-9) samen al een bedrag van 1.747.006,92 euro vertegenwoordigen, en dus ruim meer dan de totale inschrijvingsprijs van de gekozen inschrijver, zelfs zonder rekening te houden met de overige posten van de meetstaat.

Een correcte vergelijking, waarbij rekening wordt gehouden met de meerprijs van Afzelia toont volgens hen net aan dat de opdracht onmogelijk correct en kwaliteitsvol kan worden uitgevoerd tegen de door de gekozen inschrijver geboden prijzen.

Naast de specifieke materiaaleisen dient volgens hen ook rekening te worden gehouden met de andere zeer specifieke bijzonderheden van de

opdracht, zoals de moeilijke uitvoeringsvoorwaarden ervan en de zeer korte uitvoeringstermijn, om welke reden de prijsborderellen en standaardprijzen uit raamcontracten geen correcte vergelijkingsbasis kunnen vormen.

Wat de gemaakte vergelijking met een lopende raamovereenkomst betreft, merken de verzoekende partijen op dat de verwerende partij nagelaten heeft hen te informeren over welk raamcontract het precies gaat, zodat zij hieromtrent alle voorbehoud maken. Ook hier dient volgens hen rekening te worden gehouden met de zeer specifieke eigenheden van de opdracht zodat standaardprijzen van een raamovereenkomst geen correcte vergelijkingsbasis kunnen vormen. Zij verwijzen daarbij onder meer naar de zeer strikte technische vereisten (duurzaam en legaal gekapt afzelia hout van superieure kwaliteit), de moeilijke uitvoeringsvoorwaarden, waarbij onder andere stellingen en kranen zullen moeten worden ingezet met lagere rendementen qua plaatsing tot gevolg, en de zeer korte uitvoeringstermijn van 65 werkdagen, die bovendien deels tijdens het collectief bouwverlof loopt met verhoging van loonkosten tot gevolg.

Zij besluiten dat de motieven gegeven door de verwerende partij niet van aard zijn om de twijfel weg te nemen die de verwerende partij redelijkerwijze diende te hebben over het normaal karakter van de totaal- en eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver. Volgens de verzoekende partijen had de verwerende partij de totaalprijs van de gekozen inschrijver en minstens een deel van de eenheidsprijzen als schijnbaar abnormaal moeten aanwijzen en de gekozen inschrijver om een prijsverantwoording moeten vragen.

22. In haar nota stelt de verwerende partij vooreerst, met verwijzing naar het gunningsverslag, dat zij wel degelijk een algemeen prijsonderzoek heeft gevoerd.

Zij verwijst voorts naar stuk 12 ‘technische analyse van de offerteprijzen’, dat als vertrouwelijk werd neergelegd en waaruit volgens haar blijkt dat zij de offerteprijzen gedetailleerd heeft onderzocht en een vergelijkend prijsonderzoek heeft uitgevoerd met het oog op eventuele abnormale prijzen.

Zij doet tevens gelden dat zij, in samenspraak met haar externe partner, een consultancyvennootschap gespecialiseerd in bouw- en technische projecten, heeft geoordeeld dat de opgegeven offerteprijzen niet abnormaal zijn en dat bijgevolg geen bijzonder prijsonderzoek vereist is. Zij benadrukt daarbij dat deze beslissing is gebaseerd op haar kennis van de markt, met name van de prijslijst van de UPA (vakvereniging van architecten) en van haar jaarlijkse aannemer voor schrijnwerk (rekening houdend met inflatie en prijsherzieningen).

Zij verwijst voorts naar de motieven zoals opgenomen in het rechtvaardigingsbesluit van 5 januari 2024 en stelt dat zij, teneinde elke twijfel weg te nemen, haar externe partner verzocht heeft een technisch verslag op te stellen waarbij beide offertes werden geanalyseerd, in het bijzonder inzake de prijzen. Dit verslag bevestigt volgens haar dat de offerte van de gekozen inschrijver niet met abnormale prijzen is behept.

Nu zij in het kader van het algemeen prijsonderzoek tot de vaststelling kwam dat de prijzen normaal waren, was zij niet verplicht om de inschrijvers daarover te bevragen. Zij wijst daarbij ook op de beoordelingsruimte waarover de aanbestedende overheid in het kader van het prijsonderzoek beschikt.

Het feit dat de inschrijvingsprijs van de gekozen inschrijver lager ligt dan het geraamde bedrag van de opdracht, brengt volgens haar niet *ipso facto* met zich mee dat de aanbestedende overheid niet anders mag dan tot het besluit te komen dat de inschrijvingsprijs schijnbaar abnormaal is.

Beoordeling

23. Artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt:

> “De aanbestedende overheid voert een prijzen- of kostenonderzoek uit op de ingediende offertes, overeenkomstig de door de Koning te bepalen nadere regels. De Koning kan in uitzonderingen voorzien op het prijzen of kostenonderzoek voor de door Hem te bepalen opdrachten.
> Op haar verzoek verstrekken de inschrijvers tijdens de plaatsingsprocedure alle nodige inlichtingen om dit onderzoek mogelijk te maken.”

Artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

> “De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek. Daartoe kan de aanbestedende overheid, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de wet, de inschrijvers verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken.”

Artikel 36, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt dat, indien uit dit algemeen prijs- of kostenonderzoek blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, de aanbestedende overheid een bevraging uitvoert.

24. De Raad van State mag, voor de toetsing van de beoordeling van de motieven van een aanbestedende overheid om prijzen al dan niet als abnormaal te beschouwen en om al dan niet een prijsverantwoording te vragen, zijn eigen beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur. Een aanbestedende overheid beschikt immers in het kader van het algemeen prijsonderzoek over een beoordelingsruimte om al dan niet over te gaan tot een bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen. Het komt de Raad van State enkel toe om desgevraagd na te gaan of de betrokken motieven van dat onderzoek naar behoren zijn bewezen en of de beoordeling van het bestuur de perken van de redelijkheid en de zorgvuldigheid niet te buiten is gegaan.

Een aanbestedende overheid, die met naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel wil handelen, is ertoe gehouden om de regelmatigheid van een offerte na te gaan, en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat.

Op grond van de materiële motiveringsplicht moet uit het dossier blijken dat de aanbestedende overheid een ernstig algemeen prijs- en kostenonderzoek heeft verricht, onder meer dat zij de prijzen van elke offerte op zorgvuldige wijze heeft nagekeken. De motieven op grond waarvan zij alsdan van oordeel is dat de aangeboden prijzen niet abnormaal zijn, dienen uit het dossier te blijken zodat deze motieven aan de toetsing door de Raad van State kunnen worden onderworpen.

25. De verzoekende partijen werpen op dat de door de gekozen inschrijver aangeboden totaalprijs niet alleen 38 % onder de totaalprijs van de verzoekende partijen ligt, maar eveneens meer dan 37 % onder de ramingsprijs van de opdracht, waarvan de verwerende partij niet stelt dat deze onjuist zou zijn.

De raming van de waarde van de opdracht door de aanbestedende overheid vormt in beginsel een objectief en relevant vergelijkingspunt in het kader van het prijsonderzoek en de beoordeling van het al dan niet normaal karakter van de prijzen. De referentiewaarde van de raming wordt door de verwerende partij als dusdanig ook niet betwist.

Wanneer een offerte wordt ingediend die 37 % afwijkt van het ramingsbedrag, en daarenboven 38 % afwijkt van het bedrag van de tweede gerangschikte inschrijver, lijkt een dergelijke afwijking in beginsel door een normaal zorgvuldige aanbestedende overheid reeds op het eerste gezicht als een substantieel prijsverschil ten opzichte van de raming te moeten worden aangemerkt.

De verzoekende partijen kunnen dan ook worden bijgevallen waar zij doen gelden dat deze vaststelling van aard moet zijn argwaan te wekken bij een zorgvuldige aanbestedende overheid, in de zin dat deze totale offerteprijs wel erg laag lijkt in verhouding tot de uit te voeren prestaties. Die argwaan lijkt dan aanleiding te moeten geven hetzij tot een nader onderzoek van de offerte van de betrokken inschrijver, hetzij tot een doorgedreven inhoudelijke motivering om over die schijnbare abnormaliteit heen te stappen.

26. Het gunningsverslag vermeldt inzake het prijs- en kostenonderzoek enkel: “De aanbestedende overheid (AO) is overgegaan tot het nazicht van de prijzen overeenkomstig het artikel 35 van het KB van 18/04/2017. De AO heeft geen bijkomende informatie gevraagd, de prijzen lijken correct te zijn.”

De verwerende partij stelt in haar nota dat uit stuk 12 ‘technische analyse van de offerteprijzen’ van het administratief dossier blijkt dat zij de

offerteprijzen gedetailleerd heeft onderzocht en een vergelijkend prijsonderzoek heeft uitgevoerd met het oog op eventuele abnormale prijzen.

De voormelde tabel, die als vertrouwelijk werd neergelegd maar die de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt echter louter een vergelijkende tabel van de ingediende offertes te zijn, waarin de raming en de eenheids- en totaalprijzen van de inschrijvers naast elkaar werden gezet. Zo is er bijvoorbeeld geen sprake van een berekening per post van het percentage van afwijking van de raming.

Uit deze tabel blijkt bovendien reeds op het eerste gezicht dat zowel het totaalbedrag van de offerte van de gekozen inschrijver als de eenheidsprijzen voor bepaalde posten, waaronder de posten 3-8 en 4-8 van de meetstaat inzake de levering en plaatsing van nieuwe ramen, die de twee grootste posten van de meetstaat uitmaken, op substantiële wijze afwijken van zowel de raming als van de door de andere inschrijver aangeboden prijzen. Voor de beide voormelde posten bedraagt de opgegeven eenheidsprijs minder dan de helft van de raming.

Daarbij doet ook de vermelding in deze vergelijkende tabel van een voorstel van de gekozen inschrijver van een uitvoering tegen dezelfde prijs in een andere houtsoort dan afzelia, voor prestaties die verband lijken te houden met de voormelde posten 3-8 en 4-8 van de meetstaat, vragen rijzen.

De enige verklaring voor het prijsverschil tussen de beide offertes en de afwijking van de raming die blijkt uit het administratief dossier vormt de bijkomende rechtvaardiging zoals opgenomen in het rechtvaardigingsbesluit. Daarin wordt verwezen, enerzijds naar een vergelijking die de verwerende partij zou hebben gemaakt met de prijslijst van de UPA (vakvereniging van architecten), en anderzijds naar een vergelijking met de prijzen van haar jaarlijkse aannemer voor timmerwerk (rekening houdend met inflatie en prijsherzieningen).

De Raad van State stelt echter vast dat dergelijke vergelijking niet blijkt uit voormeld stuk 12 ‘technische analyse van de offerteprijzen’, noch uit

enig ander stuk van het administratief dossier daterend van vóór het nemen van de bestreden beslissingen.

Met de verzoekende partijen wordt op het eerste gezicht ook vastgesteld dat de gemaakte vergelijking met de prijzen van het prijsborderel UPA niet dienstig lijkt omdat in dit prijsborderel voor buitenramen en deuren enkel prijzen zijn opgenomen voor houten schrijnwerk in meranti en niet in het door het bestek voor de ramen vereiste afzelia hout, dat een meerprijs vertegenwoordigt.

Ook lijken de verzoekende partijen terecht te wijzen op een aantal zeer specifieke eigenheden van de opdracht zodat de standaardprijzen van een raamovereenkomst niet zonder meer als vergelijkingsbasis lijken te kunnen worden aangenomen.

27. In zoverre de verwerende partij ten slotte nog verwijst naar een door een externe partner opgesteld technisch verslag waarin de offertes werden geanalyseerd en volgens haar werd vastgesteld dat de offerte van de gekozen inschrijver geen abnormale prijzen bevat, stelt de Raad van Stat vast dat dit technisch verslag en de bijbehorende vergelijkende tabel, dateren van 23 april 2024 en dus van na het nemen van de bestreden beslissingen. In de mate dat naar deze stukken wordt verwezen en de nota ook steunt op de inhoud van dit verslag, lijkt het dus te gaan om een motivering *post factum*.

Bovendien lijkt dit technisch verslag eens te meer te bevestigen dat in het prijsborderel UPA geen prijzen zijn opgenomen voor het door het bestek vereiste afzelia hout voor de ramen.

Ook blijkt in dit technisch verslag geconcludeerd te worden dat de vergelijkende prijsanalyse aanzienlijke verschillen toont tussen de voorstellen van de beide inschrijvers, die te wijten zouden kunnen zijn aan het feit dat de inschrijvers bepaalde tegenstrijdige bestekvereisten verschillend hebben geïnterpreteerd, hetgeen de nood aan een zorgvuldig prijs- en regelmatigheidsonderzoek veeleer lijkt te bevestigen.

28. Uit al het voorgaande leidt de Raad van State af dat het algemeen prijsonderzoek, dat volgens het gunningsverslag gevoerd is, op het eerste gezicht niet wordt geschraagd door deugdelijke en met de nodige zorgvuldigheid vastgestelde motieven.

29. Het derde middel is in de besproken mate ernstig.

X. Besluit

30. Het eerste en het derde middel zijn in de aangegeven mate ernstig bevonden. Nu het ernstig bevinden van elk van beide middelen volstaat ter verantwoording van de schorsing van de tenuitvoerlegging van de eerste en de tweede bestreden beslissing, is het niet nodig in te gaan op het tweede middel, noch op het door de auditeur ambtshalve opgeworpen middel inzake de schending van de gecoördineerde wetten van 18 juli 1966 ‘op het gebruik van de talen in bestuurszaken’.

XI. Kosten

31. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissingen van de stad Brussel van 5 oktober 2023 en 5 januari 2024 waarbij de overheidsopdracht voor werken ‘Vervanging van houten kozijnen (ramen en deuren) in de Koningin Astrid school’ wordt gegund aan de bv J.D.W.

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

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

Inge Vos, staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door
Silja Doms, griffier.

De griffier **De voorzitter**

Silja Doms **Inge Vos**