

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 260.514 van 20 augustus 2024
in de zaak A. 242.547/XIV-39.612**

In zake: 1. de nv INTERBORING
2. de nv ETABLISSEMENTS M.W.
samen vormend een tijdelijke maatschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Valère Vereecke
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Cockerillkaai 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NATIONALE INSTELLING VOOR RADIOACTIEF
AFVAL EN VERRIJKTE SPLIJTSTOFFEN (NIRAS)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Butenaerts
kantoor houdend te 1080 Brussel
Leopold II-laan 180
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de nv NUVIA BE
2. de sas NUVIA STRUCTURE, vennootschap naar Frans recht
samen vormend een tijdelijke maatschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Gauthier Ervyn, Matthieu Leysen en Maximilien
Storme
kantoor houdend te 1160 Brussel
Hermann-Debrouxlaan 40
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 25 juli 2024, strekt tot de schorsing
bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e

gemotiveerde gunningsbeslissing in het kader van de overheidsopdracht met als onderwerp ‘versnijding van het geactiveerde beton van gebouw 14 van ONSF’, waarbij voormelde overheidsopdracht werd gegund aan tijdelijke maatschap Nuvia Structure / Nuvia BE, en de impliciete beslissing om de opdracht niet aan verzoekende partij te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

Met een verzoekschrift van 4 augustus 2024 hebben de nv Nuvia be en de sas Nuvia Structure, samen vormend een tm, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 augustus 2024.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Valère Vereecke en Anne Van Vliet, die verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaat Stijn Butenaerts, die verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Maximilien Storme die verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Anke Meskens, daartoe gemachtigd bij beslissing van de auditeur-generaal van 28 februari 2024, 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 versnijding van het geactiveerde beton van gebouw 14 van de NIRAS-Site te Fleurus.

De opdracht heeft tot doel het scheiden van betonlagen die een neutronenactivering hebben ondergaan van niet-geactiveerde en vrijgegeven betonconstructies van gebouw 14 op het terrein van het Instituut voor Radio-elementen (IRE) in Fleurus.

Als plaatsingsprocedure wordt gekozen voor een mededingingsprocedure met onderhandeling overeenkomstig artikel 38, § 1, 1°, d), van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016).

De opdracht wordt op 12 oktober 2022 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 17 oktober 2022 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie. De waarde van de opdracht wordt geraamd op 12.500.000 euro (btw niet inbegrepen).

3.2. Wat de technische en beroepsbekwaamheid betreft wordt in de selectieleidraad onder punt 5.2.3. het volgende bepaald:

“In overeenstemming met artikel 68 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren moeten kandidaten hun technische en beroepsbekwaamheid aantonen aan de hand van:

5.2.3.1 Erkenning

De volgende erkenning is vereist op basis van de ramingen van de opdracht: categorie G5 - klasse 8

Ter staving dat aan de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken zal zijn voldaan, voegt de kandidaat het volgende bij zijn deelnemingsaanvraag:

- hetzij een attest inzake erkenning, zoals dit door de bevoegde overheden ter beschikking wordt gesteld;
- hetzij de bewijzen, zoals dit wordt vereist door artikel 3, § 1, 2° van de wet van 20 maart 1991.”

3.3. Slechts twee kandidaten dienen een aanvraag tot deelneming in: de tijdelijke maatschap Interboring nv – W. en de tijdelijke maatschap Nuvia Structure – Nuvia be.

3.4. In het selectieverslag van 13 februari 2023, zoals goedgekeurd door de verwerende partij op 28 februari 2023, wordt voorgesteld om beide kandidaten te selecteren. Wat de vereiste erkenning in hoofde van de tweede kandidaat betreft, wordt het volgende opgemerkt:

“Erkenning

Wat betreft de bekwaamheid om de beroepsactiviteit in het kader van deze opdracht uit te oefenen, leverde de entiteit ‘Nuvia Structure’ van de TM Nuvia Structure–Nuvia BE het bewijs van de indiening van een dossier bij de FOD Economie voor een aanvraag tot erkenning als aannemer die voldoet aan categorie G5 (zoals vereist), klasse 8 (zoals vereist).

De kandidaat voldoet dus aan dit criterium.”

3.5. Met een e-mailbericht en aangetekend schrijven van 24 april 2023 wordt aan de beide kandidaten meegedeeld dat zij werden geselecteerd en worden zij uitgenodigd om een offerte in te dienen op basis van het ter beschikking gestelde bestek.

3.6. Het bijzonder bestek, gekend onder referentie ‘NOCA 2022-1464’, bepaalt dat de opdracht één perceel omvat, dat uit vier gedeelten bestaat:

- Gedeelte 1: ‘Overbrenging van de grote betonnen stukken en versnijding van de geactiveerde delen ervan’,
- Gedeelte 2: ‘Versnijding van de delen (diktes) geactiveerd beton van de CGR-bunker’;
- Gedeelte 3: ‘Versnijding van de plafonds van de IBA- en Jedi-zones, voorafgegaan door de levering en montage van de versnijdingscel van het tussenliggende sas’;
- Gedeelte 4: ‘Versnijding van de muren en vloerplaten van geactiveerd beton in de IBA- en Jedi-zones’.

Gedeelte 1 is vast. De gedeelten 2, 3 en 4 zijn voorwaardelijk.

Over de regelmatigheid van de offertes, wordt in artikel 2.19 van het bestek onder meer het volgende gesteld:

“2.19 Regelmatigheid van de offertes.

[...]

2.19.2 Regelmatigheid van de oorspronkelijke offertes (artikel 76, § 4, koninklijk besluit van 18 april 2017)

De aanbestedende overheid zal de oorspronkelijke offertes als volgt analyseren:

- Voor de offertes die meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevatten en door de opeenstapeling of combinatie ervan van die aard zijn dat ze de gevolgen van een substantiële onregelmatigheid teweegbrengen, verschaft de aanbestedende overheid de inschrijvers de mogelijkheid om deze onregelmatigheid recht te zetten vóór de onderhandelingen worden aangevat (indien er onderhandelingen plaatsvinden).

- Overeenkomstig artikel 76, § 4, lid 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 behoudt de aanbestedende overheid zich het recht voor een offerte met een of meer substantiële onregelmatigheden niet nietig te verklaren. In dat geval zal hij de inschrijver de mogelijkheid bieden deze onregelmatigheid/onregelmatigheden te regulariseren voordat de onderhandelingen worden aangevat.

De volgende onregelmatigheden kunnen niet geregulariseerd worden, overeenkomstig artikel 76, § 4, lid 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017:

- De weigering om de conventies van de Internationale Arbeidsorganisatie na te leven

Deze opsomming is indicatief.

2.19.3 Regelmatigheid van de eindoffertes (BAFO, Best And Final Offers)

De aanbestedende overheid controleert de regelmatigheid van de BAFO's van de inschrijvers in overeenstemming met artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

Een BAFO die een substantiële onregelmatigheid of meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat, die ingevolge de opeenstapeling of combinatie ervan van dien aard zijn dat ze de gevolgen van een substantiële onregelmatigheid teweegbrengen, zal door de aanbestedende overheid nietig worden verklaard.”

Het bestek vermeldt als gunningscriteria: prijs van de offerte (55 punten), methodiek (10 punten), kwaliteit van het werk (10 punten), planning en organisatie (10 punten) en studie van specifieke gevallen (15 punten).

Er volgen nog een aantal wijzigingen van het bestek in een eerste en tweede addendum bij het bestek.

3.7. Op 5 juli 2023 verkrijgt Nuvia Structure SAS een erkenning in categorie G5, klasse 8.

3.8. Bij de opening van de offertes op 31 juli 2023 blijkt dat beide geselecteerde kandidaten een eerste offerte hebben ingediend.

Na onderhandelingen met beide inschrijvers volgen nog een aantal wijzigingen aan het bestek onder de vorm van een derde addendum, waarbij onder meer de samenvattende opmeting en bijlage J ‘Tarieven voor bijkomende werken en tegen prijslijst’ zoals gevoegd bij het bestek worden vervangen. Ook bijlage K bij het bestek, die door de inschrijvers moet worden ingevuld, wordt herzien om rekening te houden met de nieuwe, te versnijden betondiktes, naar aanleiding van de laatste karakteriseringsmetingen op de site.

Op 9 en 15 april 2024 dienen respectievelijk de verzoekende partijen en de tm Nuvia Structure - Nuvia be een ‘Best and Final Offer’ (BAFO) in.

3.9. Er wordt een gunningsverslag opgesteld op 29 mei 2024.

Wat de selectie van de inschrijvers betreft, wordt daarin verwezen naar de gemotiveerde selectiebeslissing van 28 februari 2023.

De regelmatigheid van de offertes wordt onder punt 2.2. als volgt beoordeeld:

“Krachtens artikel 2.19 van het bestek en overeenkomstig de artikelen 33 tot 37, en 75 en 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017, werd de regelmatigheid van de offertes onderzocht. Het resultaat daarvan is als volgt.

2.2.1 Analyse van de offerte van inschrijver nr. 1: TM Nuvia Structure / Nuvia BE

In de offerte van inschrijver nr. 1 werd geen reden voor onregelmatigheid vastgesteld.

2.2.2 Analyse van de offerte van inschrijver nr. 2: TM Interboring / W. In de offerte van inschrijver nr. 2 werd geen reden voor onregelmatigheid vastgesteld.

2.2.3 Besluit van het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes

Na onderzoek van de regelmatigheid van de offertes werden de offertes van de twee inschrijvers in het kader van deze opdracht regelmatig bevonden.”

Aangaande het eerste gunningscriterium ‘Prijs van de offerte’ (55%), bepaalt het gunningsverslag wat volgt:

“Samen met het offerteformulier dienden de inschrijvers in hun BAFO een gedetailleerde samenvattende meetstaat in, waarvan de structuur door de aanbestedende overheid werd opgelegd.

2.4.2.1.1 Offerte van de TM Nuvia Structure / Nuvia BE

De prijs van de offerte van de TM Nuvia Structure / Nuvia BE bedraagt 13.764.909,00 EUR exclusief btw, dit is 16.655.539,89 EUR inclusief btw.

2.4.2.1.2 Offerte van de TM Interboring / W.

De prijs van de offerte van de TM Interboring / W. bedraagt 18.965.802,95 EUR exclusief btw, dit is 22.948.621,55 inclusief btw.

[...]”.

Voor dit gunningscriterium behaalt de offerte van de tm Nuvia Structure – Nuvia be de maximale score van 55 punten tegenover 39,9 punten voor de offerte van de verzoekende partijen.

Na toetsing van de BAFO’s aan alle gunningscriteria wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de tm Nuvia Structure – Nuvia be, die voor haar offerte een totaalscore behaalt van 95,2/100 punten tegenover een totaalscore van 77,1/100 voor de offerte van de verzoekende partijen.

3.10. Op 28 juni 2024 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij om het gunningsverslag goed te keuren en om de opdracht te gunnen aan de tm Nuvia Structure – Nuvia be.

Dit is de bestreden beslissing.

3.11. Met een e-mailbericht en aangetekend schrijven van 10 juli 2024 wordt aan de verzoekende partijen meegedeeld dat hun offerte niet werd gekozen. Als bijlage wordt een kopie gevoegd van het gunningsverslag.

IV. Tussenkoms

4. De vennootschap naar Frans recht sas Nuvia Structure en de nv Nuvia be, samen vormend een tm, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt hun verzoek tot tussenkoms ingewilligd.

V. Rechtspleging

5. De verzoekende partijen leggen ter terechtzitting nog vier nieuwe vertrouwelijke stukken neer. Het betreft e-mailberichten die dateren van december 2016 en februari 2017. Deze stukken hadden op het eerste gezicht bij het verzoekschrift kunnen worden gevoegd en dienen bijgevolg uit het debat te worden geweerd.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

A. Hoedanigheid van de verzoekende partij

6. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van de vordering op omdat de verzoekende partij als tijdelijke maatschap niet over rechtspersoonlijkheid beschikt en dus niet in rechte zou kunnen optreden.

7. Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de kandidaatstelling, de offerte en de BAFO werd ingediend door de tm Interboring nv-W. Het is te dezen dan ook -slechts- voormelde tijdelijke maatschap, die over het belang beschikt om de schorsing van de tenuitvoerlegging en de nietigverklaring van de bestreden gunningsbeslissing te vragen.

Een annulatieberoep tegen een bestreden gunningsbeslissing lijkt aldus slechts ontvankelijk te kunnen worden ingesteld door alle leden van de betrokken maatschap, zonder rechtspersoonlijkheid, samen geldig optredende.

Te dezen werd het verzoekschrift ingediend door de “[t]ijdelijke maatschap Interboring nv – W. bestaande uit Interboring nv [...] en Etablissement

M.W. nv [...]”. Het bijgevoegde stuk 1 ‘statuten verzoekende partij’ omvat de statuten van de beide vennootschappen. Aangenomen lijkt te kunnen worden dat het verzoekschrift aldus namens “de tijdelijke maatschap Interboring nv – W.”, gezamenlijk werd ingediend door twee vennootschappen, samen verenigd in een maatschap.

De exceptie wordt verworpen.

B. Beroep tegen de impliciete weigeringsbeslissing

8. 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.

In hun verzoekschrift stellen de verzoekende partijen dat wanneer het verzoekschrift succesvol zou zijn de verwerende partij “de BAFO’s opnieuw [zou] moet onderwerpen aan een zorgvuldig onderzoek en de motivering van de gunningsbeslissing [zou] moeten aanpassen” zodat de verzoekende partijen “minstens een kans [maken] om alsnog als eerste te worden gerangschikt”.

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.

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

VII. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

10. 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.

VIII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

11. In een eerste middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 33 tot 36 en 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit plaatsing 2017), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de motiveringswet), de artikelen 4 en 5 van de rechtsbeschermingswet, het zorgvuldigheids- en transparantiebeginsel en de formele en materiële motiveringsplicht,

“DOORDAT uit de gunningsbeslissing niet blijkt of dat de BAFO’s zijn onderworpen aan een prijs-en kostenonderzoek;
DOORDAT uit de gunningsbeslissing blijkt dat er een verschil in totaalprijzen tussen de inschrijvers is van 5.200.893,95 euro excl. btw;
DOORDAT uit de gunningsbeslissing niet blijkt of de totaalprijzen of eenheidsprijzen een abnormaal karakter vertonen, noch dat hiertoe een prijsverantwoording is opgevraagd;

TERWIJL volgens de Overheidsopdrachtenwet en het KB Plaatsing het prijzen- en kostenonderzoek verplicht moet worden uitgevoerd op de (laatst) ingediende offertes (BAFO's);

TERWIJL de Overheidsopdrachtenwet en het KB Plaatsing uitdrukkelijk voorzien dat er minimaal een algemeen prijs- en kostenonderzoek dient te gebeuren en ingeval van een vermoeden van abnormaal hoge of lage prijzen of kosten er overgaan dient te worden in de BAFO tot een prijzen- of kostenbevraging;

TERWIJL de aanbestedende overheid op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel ingeval van een vermoeden van abnormale hoge of lage prijzen of kosten niet zelf mag interpreteren maar hiertoe een prijzen- of kostenbevraging dient uit te voeren;

TERWIJL op grond van het transparantie- en zorgvuldigheidsbeginsel de aanbestedende overheid moet kunnen aantonen dat haar keuzes op gegronde, zorgvuldige, deskundige en objectieve gronden zijn gebaseerd;

EN TERWIJL op grond van de formele en materiële motiveringsplicht uit de gunningsbeslissing moet blijken dat er een algemeen prijs- en kostenonderzoek werd verricht en dat de prijzen van elke offerte zorgvuldig werden nagekeken.

ZODAT er geen gedegen regelmatigheidsonderzoek heeft plaatsgevonden;

EN ZODAT de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen schendt.”

In de toelichting bij het middel betogen de verzoekende partijen in de eerste plaats dat de bestreden beslissing niet afdoende gemotiveerd is.

Zo blijkt uit het gunningsverslag enkel dat er een regelmatigheidsonderzoek heeft plaatsgevonden ten aanzien van de eerste offertes. Er is ook geen specifieke vermelding van het prijs- en kostenonderzoek wat de eerste offertes betreft. Wel wordt verwezen naar de artikelen 33 tot 37 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, waardoor de verwerende partij hoogstens impliciet heeft beoordeeld dat de eerste offertes niet met schijnbaar abnormale eenheids- en totaalprijzen zijn behept. Aangezien de totaalprijzen van de eerste offertes niet worden vermeld in het gunningsverslag, is het volgens de verzoekende partijen niet mogelijk om na te gaan of er bij de eerste offertes sprake was van schijnbaar abnormale prijzen en kan zij alleen maar vermoeden dat dat het geval is, waardoor de navolgende grieven inzake de BAFO's volgens hen ook gelden voor de eerste offertes.

Het gebrek aan afdoende motivering is volgens de verzoekende partijen “nog frappanter” wat de BAFO's betreft vermits het gunningsverslag met

betrekking tot deze offertes geen melding maakt van een regelmatigheidsonderzoek, noch van een prijs- en kostenonderzoek. Ter ondersteuning van hun standpunt wijzen zij erop dat het gunningsverslag enkel een titel “2.2. Regelmatigheid van de offertes” bevat voor de eerste offertes, maar niet voor de BAFO’s. In de gunningsbeslissing wordt volgens de verzoekende partijen slechts de beoordeling van de BAFO’s aan de hand van de gunningscriteria opgenomen.

De verzoekende partijen leiden uit de volgens hen zeer gebrekkige motivering in het gunningsverslag af dat er geen algemeen prijs- en kostenonderzoek is uitgevoerd met betrekking tot de BAFO’s. Een prijs- of kostenonderzoek voor de BAFO’s drong zich nochtans op, gelet op de verplichting overeenkomstig artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 en de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 om een algemeen prijs- of kostenonderzoek te voeren op de ingediende offertes.

Zij voegen daaraan toe dat een algemeen prijsonderzoek bij de BAFO’s in dit geval had moeten leiden tot een bijzonder prijsonderzoek waarvoor een prijsbevraging vereist was, gezien het “significant en onverklaarbaar” verschil in totaalprijs tussen hun BAFO (18.965.802,95 euro, btw niet inbegrepen) en die van de gekozen inschrijver (13.764.909,00 euro, btw niet inbegrepen). Dit doet volgens de verzoekende partijen immers vermoeden dat de gekozen inschrijver een abnormale totaalprijs heeft ingediend en vermoedelijk ook verschillende abnormale eenheidsprijzen. Zij stellen vast dat het gunningsverslag niet verduidelijkt of de gekozen inschrijver hierover is bevraagd en of er een bijzonder prijs- en kostenonderzoek heeft plaatsgevonden.

De verzoekende partijen verwijzen ook naar rechtspraak van de Raad van State waarin geoordeeld wordt dat wanneer er geen bijzondere problemen lijken te rijzen bij het algemeen prijs- en kostenonderzoek de formele motiveringsplicht niet lijkt te vereisen dat het onderzoek uitgebreid aan bod komt in het gunningsverslag of de bestreden beslissing. Zij leiden daaruit af dat wanneer er zoals in onderhavig geval sprake is van een significant prijsverschil en dus ‘bijzondere problemen inzake het prijs- en kostenonderzoek’, de formele

motiveringsplicht vereist dat het onderzoek wel degelijk uitgebreid aan bod komt in de gunningsbeslissing.

Zij benadrukken dat overeenkomstig de rechtspraak van de Raad van State op grond van de materiële motiveringsplicht moet blijken dat de aanbestedende overheid een algemeen prijs- en kostenonderzoek heeft verricht, onder meer dat de aanbestedende overheid de prijzen van elke offerte op zorgvuldige wijze heeft nagekeken, en dat de motieven op grond waarvan de aanbestedende overheid alsdan van oordeel is dat de aangeboden prijzen niet abnormaal zijn uit het dossier dienen te blijken. De verzoekende partijen doen gelden dat zij alleen maar kunnen vaststellen dat dit alleszins niet uit de gunningsbeslissing blijkt.

12. In haar nota betoogt de verwerende partij vooreerst, onder verwijzing naar de punten 2.2., 2.2.1 en 2.2.2. van het gunningsverslag, dat daarin wel degelijk vermeld wordt dat de regelmatigheid van de offertes werd onderzocht en dat er geen onregelmatigheden werden vastgesteld. Daarbij wordt eveneens vermeld dat het regelmatigheidsonderzoek ook betrekking had op de prijzen nu de aangehaalde artikelen 33 tot 37 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 de controle van de aangeboden prijzen betreffen.

Het loutere gegeven dat dit onderzoek in het gunningsverslag vermeld wordt voor het onderdeel dat betrekking heeft op de onderhandelingen impliceert volgens de verwerende partij niet dat er geen onderzoek werd uitgevoerd naar de aangeboden prijzen in het kader van de BAFO. Het onderdeel ‘Regelmatigheid van de offertes’ betreft immers zowel de initiële offertes als de BAFO’s.

De verwerende partij doet voorts gelden dat uit het administratief dossier blijkt dat wel degelijk een onderzoek werd gedaan betreffende de aangeboden prijzen in de BAFO’s, en dit zelfs door een door de verwerende partij aangestelde externe expert, waarbij tot de conclusie werd gekomen dat de door de gekozen inschrijver aangeboden prijzen in lijn lagen met de raming van de verwerende partij en niet als abnormaal werden beschouwd. Zij

verwijst daarbij naar stuk 21 van het administratief dossier ‘Prijzenonderzoek van 29 juli 2024 vanwege Tractebel – Engie’.

De verwerende partij merkt op dat daarbij overigens werd uitgegaan van geactualiseerde prijzen van de nv Interboring van 2017. Het zijn volgens de verwerende partij dan ook de verzoekende partijen die hun prijzen aanzienlijk verhoogd hebben in vergelijking met de (geactualiseerde) prijzen van 2017.

De in de BAFO’s aangeboden prijzen werden volgens de verwerende partij dus wel degelijk onderzocht en de aangeboden prijzen van de gekozen inschrijver normaal bevonden.

Ten slotte werpt de verwerende partij een exceptie van gebrek aan belang op bij het middel. Zelfs in de ondergeschikte veronderstelling dat een uitgebreidere formele motivering gewenst zou zijn, kan deze onregelmatigheid volgens de verwerende partij geen aanleiding geven tot een schorsing of vernietiging daar zij geen enkele impact heeft gehad op de genomen bestreden beslissing aangezien er in de feiten vast staat dat een – zelfs onafhankelijk – prijzenonderzoek heeft plaatsgevonden en tot de conclusie werd gekomen dat de aangeboden prijzen van de tm Nuvia Structure - Nuvia be normaal zijn.

13. In hun verzoekschrift tot tussenkomst stellen de tussenkomende partijen vooreerst vast dat de verzoekende partijen in hun verzoekschrift erkennen dat een regelmatigheidsonderzoek werd gevoerd aangaande de eerste offertes. In zoverre de verzoekende partijen aanvoeren dat de verwerende partij geen regelmatigheidsonderzoek en dus ook geen prijs- en kostenonderzoek heeft gevoerd op de BAFO’s, gaat het middel volgens hen uit van een onjuiste lezing van de bestreden beslissing en mist het feitelijke grondslag.

Meer bepaald berust het eerste middel op een kunstmatig onderscheid tussen het regelmatigheidsonderzoek van de eerste offertes en de BAFO’s. Volgens de tussenkomende partijen werden zowel de eerste offertes als de BAFO’s aan een regelmatigheidsonderzoek onderworpen, zonder dat een onderscheid tussen de eerste offertes en de BAFO’s moet worden gemaakt. Uit het

onderdeel 2.2. van de bestreden beslissing blijkt immers dat de verwerende partij “krachtens artikel 2.19 van het bestek” en “overeenkomstig de artikelen 33 tot 37, en 75 en 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017”, de regelmatigheid van “de offertes” heeft onderzocht. Daarbij wordt nergens een onderscheid gemaakt tussen de eerste offertes en de BAFO’s en wordt verwezen naar artikel 2.19 van het bestek en artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, welke bepalingen het regelmatigheidsonderzoek van zowel de oorspronkelijke offertes als de finale offertes omvatten. Volgens de tussenkomen partijen ondersteunen ook de bewoordingen in punt 2.5 van het gunningsverslag, waarin hun offerte als meest voordelige “regelmatige” offerte wordt aangemerkt, deze zienswijze.

Uit de bestreden beslissing blijkt bovendien dat de verwerende partij de verschillende offertes regelmatig heeft bevonden “overeenkomstig de artikelen 33 tot 37 van het koninklijk besluit plaatsing”, en dus overeenkomstig de bepalingen betreffende het prijs- en kostenonderzoek. Dit impliceert volgens de tussenkomen partijen dat de verwerende partij geoordeeld heeft dat de prijzen van de verschillende inschrijvers normaal waren en dat er dus geen abnormale prijzen werden vastgesteld. Zij wijzen erop dat indien een aanbestedende overheid in het kader van het algemeen prijsonderzoek tot de vaststelling komt dat er geen abnormale prijzen zijn, zoals te dezen het geval is, de formele motiveringsplicht niet vereist dat dit onderzoek *in extenso* wordt weergegeven in het gunningsverslag of de gunningsbeslissing. Zij besluiten dat uit de bestreden beslissing blijkt dat de verwerende partij is overgegaan tot een prijs- en kostenonderzoek en dat dit gegeven afdoende werd gemotiveerd in het gunningsverslag en de gunningsbeslissing.

Beoordeling

Exceptie van gebrek aan belang bij het middel

14. De verwerende partij gaat er in de door haar opgeworpen exceptie van gebrek aan belang bij het middel aan voorbij dat het eerste middel niet beperkt lijkt te zijn tot de grief waarin een schending wordt aangevoerd van de formele motiveringsplicht en de daarmee overeenstemmende bepalingen van de rechtsbeschermingswet.

Bovendien steunt de exceptie op het uitgangspunt dat een eventuele schending van de formele motiveringsplicht geen invloed kon uitoefenen op de draagwijdte van de bestreden beslissing omdat vaststaat dat een zorgvuldig prijsonderzoek heeft plaatsgevonden, hetgeen, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

De exceptie van gebrek aan belang bij het middel wordt verworpen.

Ernst van het middel

15. 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 33 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“Na de verbetering van de offertes overeenkomstig artikel 34, gaat de aanbestedende overheid over tot het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 en, in geval van vermoeden van abnormaal hoge of lage prijzen of kosten, gaat zij over tot de in artikel 36 bedoelde prijzen- of kostenbevraging.”

In het algemeen prijsonderzoek bedoeld in artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 moet de aanbestedende overheid nagaan of de in de offertes aangeboden prijzen abnormaal lijken, met andere woorden of de ingediende offertes een aanwijzing bevatten dat deze abnormaal zouden kunnen zijn. Dat kan met name het geval zijn wanneer de in een offerte aangeboden prijs aanmerkelijk hoger of lager is dan de prijs van de andere offertes of dan de gebruikelijke marktprijs. In het kader van dit onderzoek kan de aanbestedende overheid, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, de inschrijvers verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken. Indien de ingediende offertes geen aanwijzing van een abnormale prijs bevatten, en de

prijzen dus niet abnormaal hoog of laag lijken, mag de aanbestedende overheid doorgaan met de beoordeling van de inschrijvingen en de procedure tot gunning van de opdracht.

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. Wanneer zoals te dezen gebruik wordt gemaakt van de mededingingsprocedure met onderhandeling wordt de bevraging uitgevoerd op de laatst ingediende offertes. Dit belet niet dat de aanbestedende overheid deze bevraging reeds kan verrichten in een vroeger stadium van de procedure. Artikel 36, §§ 2 tot 4, bevat nadere bepalingen in verband met dat bijzonder onderzoek.

16. De aanbestedende overheid beschikt in het kader van het algemeen prijsonderzoek als bedoeld in artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 over een beoordelingsruimte om al dan niet over te gaan tot een bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen, als bedoeld in artikel 36 van het voornoemde besluit.

De Raad van State mag, gesteld 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 die van het bestuur. Het komt aan 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 met de vereiste zorgvuldigheid en binnen de perken van de redelijkheid is geschied.

17. In dit verband herinnert de Raad van State eraan dat indien een aanbestedende overheid in het kader van het algemeen prijs- en kostenonderzoek met toepassing van artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 tot de vaststelling komt dat er geen abnormale prijzen zijn, de formele motiveringsplicht niet vereist dat dit onderzoek *in extenso* wordt weergegeven in het gunningsverslag of in de bestreden beslissing.

Op grond van de materiële motiveringsplicht moet echter wel uit het administratief dossier blijken dat de aanbestedende overheid een algemeen prijs- en kostenonderzoek heeft gevoerd, 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.

18. Het gunningsverslag vermeldt inzake het regelmatigheidsonderzoek van de offertes enkel:

“Krachtens artikel 2.19 van het bestek en overeenkomstig de artikelen 33 tot 37, en 75 en 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017, werd de regelmatigheid van de offertes onderzocht. Het resultaat daarvan is als volgt.

2.2.1 Analyse van de offerte van inschrijver nr. 1: TM Nuvia Structure / Nuvia BE

In de offerte van inschrijver nr. 1 werd geen reden voor onregelmatigheid vastgesteld.

2.2.2 Analyse van de offerte van inschrijver nr. 2: TM Interboring / W. In de offerte van inschrijver nr. 2 werd geen reden voor onregelmatigheid vastgesteld.

2.2.3 Besluit van het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes

Na onderzoek van de regelmatigheid van de offertes werden de offertes van de twee inschrijvers in het kader van deze opdracht regelmatig bevonden.”

19. De verzoekende partijen betwisten niet dat uit de voormelde motivering impliciet kan worden afgeleid dat er een algemeen prijs- en kostenonderzoek werd gevoerd wat de eerste offertes betreft. In zoverre zij een gebrek aan bijzonder prijs- en kostenonderzoek ten aanzien van de eerste offertes aanklagen, lijken zij eraan voorbij te gaan dat, wanneer zoals te dezen gebruik wordt gemaakt van de mededingingsprocedure met onderhandeling, artikel 36, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 de uitvoering van dergelijke bevraging in voorkomend geval slechts verplicht op de laatst ingediende offertes.

20. Anders dan de verzoekende partijen het zien, lijkt uit de voormelde beknopte motivering in het gunningsverslag voorts niet te kunnen worden afgeleid dat zij slechts betrekking zou hebben op de eerste offertes. Met de tussenkomenende partijen kan worden vastgesteld dat artikel 2.19 van het bestek en

artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, naar welke bepalingen in het gunningsverslag verwezen wordt, het regelmatigheidsonderzoek van zowel de oorspronkelijke offertes als de finale offertes omvatten. Doordat in het betrokken onderdeel van het gunningsverslag vermeld wordt dat de regelmatigheid van de offertes werd onderzocht “overeenkomstig de artikelen 33 tot 37” van het koninklijk besluit plaatsing 2017, welke bepalingen betrekking hebben op de ‘Verbetering van fouten en nazicht van prijzen of kosten’, lijkt voorts aangenomen te kunnen worden dat in de motivering impliciet maar zeker ook verwezen wordt naar het prijs- en kostenonderzoek.

21. In zoverre de verzoekende partijen in hun middel vervolgens een gebrek aan zorgvuldig prijs- en kostenonderzoek ten aanzien van de BAFO's opwerpen, verwijst de verwerende partij in haar nota naar stuk 21 van het administratief dossier ‘Prijzenonderzoek van 29 juli 2024 vanwege Tractebel – Engie’. Hieruit blijkt volgens de verwerende partij dat wel degelijk een onderzoek werd gedaan betreffende de aangeboden prijzen in de BAFO's, en dit zelfs door een door de verwerende partij aangestelde externe expert, waarbij tot de conclusie werd gekomen dat de door de gekozen inschrijver aangeboden prijzen in lijn lagen met de raming van de verwerende partij en niet als abnormaal werden beschouwd.

Het voormelde stuk, dat initieel als niet vertrouwelijk werd neergelegd maar waarvoor later de vertrouwelijke behandeling werd gevraagd en dat de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt echter louter een e-mailbericht te zijn uitgaande van een deskundige van Tractebel waarin verwezen wordt naar een gedetailleerde tabel als bijlage. In deze tabel zou blijkens het e-mailbericht een vergelijking gemaakt zijn tussen de geraamde prijzen in de startnota en de prijzen opgenomen in de samenvattende meetstaat van de BAFO's. Deze tabel werd echter niet bijgevoegd bij het op 5 augustus 2024 ingediende administratief dossier.

De Raad van State stelt ook vast dat dit e-mailbericht dateert van 29 juli 2024 en dus van na het nemen van de bestreden beslissing. In de mate dat naar dit stuk wordt verwezen en de nota ook steunt op de inhoud van dit e-mailbericht, lijkt het dus te gaan om een motivering *post factum*.

22. De laatste werkdag voor de terechtzitting voegt de verwerende partij nog enkele volgens haar ontbrekende stukken toe aan het administratief dossier, evenals een aangevulde inventaris. Het betreft meer bepaald een vergelijkende Excel tabel die neergelegd wordt als bijlage bij stuk 21 van het administratief dossier, een nieuw stuk 24 dat in de aangevulde inventaris omschreven wordt als ‘Prijzenonderzoek van 5 september 2023 vanwege Tractebel – Engie, met bijlage 24.1’ en een nieuw stuk 25 dat in de inventaris omschreven wordt als ‘Prijzenonderzoek van 21 april 2024 vanwege Tractebel-Engie, met bijlage 25.1.’.

Gevraagd ter terechtzitting op welk stuk de verwerende partij zich steunt om aan te tonen dat zij een zorgvuldig algemeen prijs- en kostenonderzoek heeft gevoerd tussen het indienen van de BAFO’s en het nemen van de gunningsbeslissing, verwijst de raadsman van de verwerende partij uitsluitend naar de vergelijkende Excel tabel die neergelegd wordt als bijlage bij stuk 21 van het administratief dossier (nieuw stuk 21.1).

Daargelaten de vraag of de nieuwe stukken van de verwerende partij tijdig in het debat zijn gebracht, stelt de Raad van State vast dat het nieuw neergelegde stuk 21.1., waar de verwerende partij zich op beroept, slechts de gedetailleerde tabel betreft, waarnaar in het e-mailbericht van 29 juli 2024 wordt verwezen, zodat evenmin blijkt dat deze werd opgesteld voor het nemen van de bestreden beslissing. Dit vindt op het eerste gezicht bevestiging in de eigenschappen van het betrokken Excel document waaruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat het document werd aangemaakt op 25 juli 2024. Ook dit stuk kan op het eerste gezicht dus niet in aanmerking worden genomen om te besluiten dat de verwerende partij te dezen wel een zorgvuldig onderzoek van de totaal- en eenheidsprijzen zou hebben verricht, voorafgaand aan het nemen van de gunningsbeslissing.

De nieuw neergelegde stukken 24 en 24.1. blijken, anders dan de stukken 25 en 25.1., geen betrekking te hebben op de BAFO’s.

Naast de vaststelling dat de verwerende partij de nieuwe stukken 25 en 25.1. noch in het gunningsverslag, noch in haar nota, noch ter terechtzitting

bij haar verweer betreft, lijken zij op het eerste gezicht evenmin de motieven te bevatten op grond waarvan de verwerende partij van oordeel is dat de aangeboden prijzen niet abnormaal zijn. Deze stukken lijken veeleer van aard om het vermoeden van de verzoekende partijen te bevestigen dat er niet alleen sprake is van een substantieel prijsverschil tussen de BAFO's van de beide inschrijvers wat de totaalprijs betreft, maar ook wat verschillende eenheidsprijzen betreft.

Het gegeven dat de oorspronkelijke raming, waarvan de referentiewaarde door de verzoekende partijen in vraag wordt gesteld, gebaseerd zou zijn op de prijzen die in het kader van een voorafgaande bevraging in 2017 werden verstrekt door de eerste verzoekende partij doet niet anders besluiten, temeer daar de opdrachtdocumenten op het eerste gezicht lopende de plaatsingsprocedure nog belangrijke wijzigingen hebben ondergaan.

23. Uit al het voorgaande leidt de Raad van State af dat, wat de BAFO's betreft, 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.

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

IX. Besluit

25. Het eerste middel is in de aangegeven mate ernstig bevonden. Nu het ernstig bevinden van dit middel volstaat ter verantwoording van de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden gunningsbeslissing, is het niet nodig in te gaan op het tweede middel.

X. Kosten

26. 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. Het verzoek van de nv Nuvia be en de sas Nuvia Structure tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de Nationale Instelling voor Radioactief Afval en Verrijkte Spleijststoffen van 28 juni 2024 waarbij de overheidsopdracht voor werken ‘versnijding van het geactiveerde beton van gebouw 14 van ONSF’ wordt gegund aan de tm Nuvia Structure – Nuvia be.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op twintig augustus tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Inge Vos,
bijgestaan door

Joris Casneuf,

De griffier

Joris Casneuf

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Inge Vos