RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIVe KAMER

A R R E S T

nr. 260.887 van 1 oktober 2024
in de zaak A. 242.917/XIV-39.634

In zake: de NV TERRA ENGINEERING & CONSULTANCY (TEC)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9052 Gent
Dorpsstraat 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

NORTH SEA PORT FLANDERS, NV VAN PUBLIEK RECHT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Ann Eeckhout en Lotte Ottevaere
kantoor houdend te 9700 Oudenaarde
Droesbekeplein 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 9 september 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

> "- de beslissing van 23 augustus 2024 van North Sea Port Flanders nv van publiek recht, meegedeeld bij mail van 23 augustus 2024, waarbij de opdracht 'Raamovereenkomst voor bodemonderzoeken' (bestek 2023-005) gegund wordt aan [een derde],
> - de impliciete beslissing van 23 augustus 2024 van North Sea Port Flanders nv van publiek recht, meegedeeld bij mail van 23 augustus 2024, waarbij de opdracht 'Raamovereenkomst voor bodemonderzoeken' (bestek 2023-005) niet aan Terra Engineering & Consultancy te gunnen".

II. Verloop van de rechtspleging

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 september 2024, om 10.00 uur.

Staatsraad Kaat Leus heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Lotte Ottevaere, 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 in de speciale sectoren uit voor diensten met als voorwerp “Raamovereenkomst voor bodemonderzoeken”.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

De opdracht is onderworpen aan het bestek nr. 2023-005. Het voorwerp van de diensten wordt daarin (Punt I.1) als volgt toegelicht :

> “Toelichting: In het kader van eventuele verplichtingen om bodemonderzoeken te laten uitvoeren op bepaalde percelen in eigendom zoekt North Sea Port Flanders een partner om een raamovereenkomst mee af te sluiten voor:
> • Het adviseren over de noodzaak/verplichting tot uitvoeren van bodemonderzoeken
> • Het aantonen en motiveren van het ontbreken van onderzoeksplicht op bepaalde percelen (inclusief schrapping risicoperceel)
> • Het uitvoeren van oriënterende bodemonderzoeken wanneer verplicht (inclusief administratieve afhandeling bodemattest)
> • Het voeren van een methodologische aanpak voor de opvolging van bodemverplichtingen voor North Sea Port Flanders
> • Het zelfstandig opnemen van de praktische opvolging en afhandeling die gepaard gaat met de opdracht.
> De opdracht kan 2 keer stilzwijgend verlengd worden.
> Plaats van dienstverlening : Havengebied Gent.”

De opdracht heeft een initiële duur van 24 maanden en kan tweemaal stilzwijgend worden verlengd, telkens met twaalf maanden.

3.2. Als plaatsingsprocedure wordt gekozen voor een niet-openbare procedure.

Met betrekking tot de “prijsvaststelling” vermeldt het bestek (Punt I.4) wat volgt:

> “De opdracht wordt beschouwd als een opdracht tegen prijslijst.
> De opdracht tegen prijslijst is een opdracht waarbij de eenheidsprijzen voor de verschillende posten forfaitair zijn en de hoeveelheden, voor zover er hoeveelheden voor de posten worden bepaald, vermoedelijk zijn of worden uitgedrukt binnen een vork. De posten worden verrekend op basis van de werkelijk bestelde en gepresteerde hoeveelheden.
> De opdracht wordt gegund op basis van de eenheidsprijzen opgegeven in de offerte. Bij het opstellen van de lastvoorwaarden van deze opdracht beschikt de aanbestedende overheid nog niet over de exact benodigde hoeveelheden. Daarom zijn de vermoedelijke hoeveelheden louter indicatief. Zij binden het bestuur op geen enkele wijze. De opdrachtnemer kan geen schadevergoeding eisen indien deze vermoedelijke hoeveelheden niet bereikt worden.
> Elke afzonderlijke opdracht zal het voorwerp uitmaken van een afroep.”

3.3. De gunningscriteria waarop de offertes worden beoordeeld betreffen de prijs (70 punten) en het plan van aanpak (30 punten). De gunningscriteria worden in het bestek (Punt I.9) verder als volgt beschreven:

“

Volgende criteria zijn van toepassing bij de gunning van de opdracht:

Nr.	Beschrijving	Gewicht
1	**Prijs**	70
	De inschrijver voegt de prijslijst toe die hij hanteert voor alle werkzaamheden. Met deze prijslijst worden er 2 gedetailleerde prijsopgaves gemaakt voor de 2 uitkomsten van het scenario bij III.4. De totaalprijs van deze 2 wordt vergeleken. ***Regel van drie; Score offerte = (prijs laagste offerte / prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs***	
2	**Kwaliteit**	30
	Er dient een algemene aanpak te worden voorgesteld voor het uitvoeren van deze opdracht. Hiertoe stelt de opdrachtnemer een vorm of format voor waarin de aanpak wordt toegelicht. Hierbij is de fasering en duiding van nodige tussenstappen van de opdrachtnemer van belang (bijv. het verwittigen van gebruikers van aanpalende percelen indien interferentie met hun activiteiten kan optreden). De aanpak van dit proces wordt hier beoordeeld. ***De opdrachtnemer houdt rekening met de 2 mogelijke scenario's zoals aangegeven bij III.4 en werkt daarvoor (apart) het plan van aanpak meer specifiek uit.*** ***Aspecten die beoordeeld worden, zijn onder andere: de mate van volledigheid, de pro-active en ontzorgende houding, de efficiëntie,..*** ***beoordelingsmethodiek: onafhankelijke evaluatie door een beoordelingscommissie van minstens 2 personen waaronder de projectleider, van alle beoordelingselementen en aspecten die toelaten om een appreciatie uit te spreken over het criterium in zijn geheel***	
Totaal gewicht gunningscriteria:		100

Aan elk criterium werd een gewicht toegekend. Op basis van de afweging van al deze criteria rekening houdende met het gewicht dat er aan werd toegekend, zal de opdracht gegund worden aan de inschrijver die de economisch voordeligste regelmatige offerte, vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, heeft ingediend.

”

3.4. Zoals bij het opstellen van de (twee) gedetailleerde prijsopgaves op basis van de prijslijst die de inschrijver voor alle werkzaamheden hanteert, moet de inschrijver – zoals onder Punt III. 4 (‘Technische bepalingen’) van het bestek wordt aangegeven –, ook bij het opstellen van het plan van aanpak rekening houden met twee mogelijke scenario’s waarvoor hij voor een in het bestek aangeduid perceel, “(apart) het plan van aanpak meer specifiek uit[werkt]”. Dit Punt III.4 luidt:

> “De inschrijver stelt voor de aanpak van onderstaand perceel voor elk van de twee mogelijke uitkomsten, zoals hieronder bepaald, zijn plan van aanpak op inclusief gedetailleerde prijsopgave.
> Na gunning van de opdracht zal dit perceel (dat uit de bijlage Excel lijst percelen bestek werd genomen) ook op deze manier worden aangepakt.
> III.4.1 Het perceel in kwestie:
> […]
> III.4.2. Scenario’s
> 1) Uit het voorafgaand (bureau)onderzoek blijkt dat het perceel geen risicoperceel is en bijgevolg niet aan de OBO-verplichting dient te voldoen. De inschrijver neemt de nodige stappen om het perceel bij de bevoegde overheid te laten schrappen als risicoperceel.
> 2) De noodzaak tot het uitvoeren van een OBO wordt vastgesteld door de inschrijver en deze voert het OBO uit. Na indiening van het OBO-rapport besluit OVAM dat geen verdere maatregelen of onderzoeken nodig zijn.”

In punt III.5 van het bestek wordt nog gesteld dat de verwerende partij een “partner met expertise” zoekt waarbij de opdrachtnemer voor alle werkzaamheden, opvolging administratie, voortgang, enzovoort, de leiding neemt. Er dient natuurlijk te worden samengewerkt met de projectleiders van de verwerende partij maar daarbij neemt de opdrachtnemer een proactieve houding aan waarbij de verwerende partij “maximaal wordt ontzorgd” en op de hoogte blijft.

3.5. Voor de opdracht hebben zeven kandidaten een aanvraag tot deelneming ingediend. Zij werden alle zeven geselecteerd.

Twee van hen, waaronder de verzoekende partij, hebben een offerte ingediend.

3.6. Met een gunningsbeslissing van 26 juni 2024 wordt de opdracht een eerste keer toegewezen aan de bv [S.B.], zijnde de belanghebbende derde.

Deze beslissing wordt met een e-mail van 28 juni 2024 aan de verzoekende partij meegedeeld. Deze dient tegen die beslissing, evenals tegen de impliciete beslissing om deze opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen, een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

Deze zaak is bij de Raad van State gekend onder het rolnummer 242.458/XIV-39.607.

3.7. Met een beslissing van 18 juli 2024 wordt de beslissing van 26 juni 2024 ingetrokken.

Bij zijn arrest nr. 260.470 van 30 juli 2024 in de *sub* 3.6 vermelde zaak heeft de Raad van State de vordering tot schorsing verworpen.

3.8. In het daaropvolgend verslag van nazicht van 22 augustus 2024 worden de beide ingediende offertes als regelmatig beoordeeld. Onder punt 4 van dat verslag wordt, wat het “Regelmatigheidsonderzoek van de offertes van geselecteerde kandidaten”, “Nazicht abnormale eenheidsprijzen en totale offerteprijzen” betreft, gesteld dat: “[d]e eenheidsprijzen in de algemene prijslijsten van beide inschrijvers erg vergelijkbaar [zijn]. De verschillen in de opgegeven totaalprijzen per scenario vinden hun verklaring in de, bijna tegenovergestelde, aanpak van elke inschrijver. Er is geen indicatie dat er mogelijk abnormale prijzen worden opgegeven.”.

In datzelfde verslag worden de offertes als volgt beoordeeld:

“

Vergelijking van de offertes volgens de in het bestek vermelde gunningscriteria

Nr.	Naam	Motivering	Score
Gunningscriterium nr. 1: Prijs *Beoordeling op 70 punten* De inschrijver voegt de prijslijst toe die hij hanteert voor alle werkzaamheden. Met deze prijslijst worden er 2 gedetailleerde prijsopgaves gemaakt voor de 2 uitkomsten van het scenario bij III.4. De totaalprijs van deze 2 wordt vergeleken. Regel van drie; Score offerte = (prijs laagste offerte / prijs offerte) * gewicht van het criterium prijs			
1	Sweco Belgium bv	Volgens bovenstaande methode. Verdere details zijn nadelig voor de rechtmatige commerciële belangen van de deelnemers en kunnen de eerlijke mededinging schaden.	70
2	Terra Engineering & Consultancy nv		16,25
Gunningscriterium nr. 2: Kwaliteit *Beoordeling op 30 punten* Er dient een algemene aanpak te worden voorgesteld voor het uitvoeren van deze opdracht. Hiertoe stelt de opdrachtnemer een vorm of format voor waarin de aanpak wordt toegelicht. Hierbij is de faseri S.B. nodige tussenstappen van de opdrachtnemer van belang (bijv. het verwittigen van gebruikers van aanpalende percelen indien interferentie met hun activiteiten kan optreden). De aanpak van dit proces wordt hier beoordeeld. De opdrachtnemer houdt rekening met de 2 mogelijke scenario's zoals aangegeven bij III.4 en werkt daarvoor (apart) het plan van aanpak meer specifiek uit. Aspecten die beoordeeld worden, zijn onder andere: de mate van volledigheid, de pro-active en ontzorgende houding, de efficiëntie,.. beoordelingsmethodiek: onafhankelijke evaluatie door een beoordelingscommissie van minstens 2 personen waaronder de projectleider, van alle beoordelingselementen en aspecten die toelaten om een appreciatie uit te spreken over het criterium in zijn geheel			
1	Sweco Belgium bv S.B.	De algemene aanpak voor het uitvoeren van deze opdracht is uitgebreid en duidelijk onderbouwd, gestoeld op een heldere structuur. Uit dit algemeen plan van aanpak komt een zeer ontzorgende werkwijze naar voor, gebaseerd op de aangeleverde informatie. Deze format wordt als voldoende pragmatisch beoordeeld om toepasbaar te zijn op andere te onderzoeken percelen. De fasering en duiding van nodige tussenstappen is helder. Er is een gedetailleerde uiteenzetting over hoe om te gaan met aanpalende terreinen, het verloop van contact met North Sea Port en de afhandeling van dossiers is duidelijk beschreven. Het te volgen proces is helder en efficiënt en getuigt van een proactieve en ontzorgende houding. De aanpak van dit proces wordt beoordeeld als bijzonder goed. De algemene aanpak wordt duidelijk toegepast bij de uitwerking van de scenario's zodat het daarvoor apart uitgewerkte plan van aanpak per scenario erg efficiënt is. Er wordt uitgegaan van de concrete situatie op het perceel waarbij er wordt getracht om (op gemotiveerde wijze) overdaad te vermijden. In het plan voor scenario 1 probeert inschrijver onnodige stappen te vermijden, wat wijst op de vereiste proactieve houding. In het plan voor scenario 2 wordt vertrokken vanuit de minimale noodzakelijke onderzoeken. In het geval vervolgstappen nodig zijn wordt toegelicht waarom de gekozen methodologie gevolgd wordt zodat North Sea Port concreet meegenomen wordt in de gehanteerde denk- en werkwijze. Dit duidt op een zeer ontzorgende en proactieve houding en sluit nauw aan bij de vraag naar partnerschap uit punt III.5 van het bestek: maximale ontzorging waarbij een kostenbesparende aanpak wordt voorgesteld.	25

2	Terra Engineering & Consultancy nv	Er wordt geen algemene aanpak voor het uitvoeren van deze opdracht uitgewerkt in de offerte. Enkel de scenario's worden uitgewerkt. Op basis daarvan kan er niet met zekerheid worden vastgesteld dat er een algemene aanpak zal worden gevolgd voor het uitvoeren van deze opdracht zodat de offerte onvoldoende tegemoet komt aan de vraag. Dit wordt negatief beoordeeld. Bij de uitwerking van beide scenario's wordt uitgegaan van een zeer uitgebreid aantal onderzoeken zonder dat altijd de noodzaak ervan wordt aangetoond. Een groot aantal labo-analyses, onmiddellijk een gemotiveerde verklaring, machinale boringen,.. de offerte overtuigt niet dat dit telkens nodig zou zijn. Men blijkt 'volledigheid' na te streven door zoveel mogelijk activiteiten op te nemen. Deze 'worst case' aanpak kan niet efficiënt worden genoemd. De onzekerheid die dit met zich mee brengt, maakt het aanbod ook erg problematisch op het vlak van ontzorging.	18

”

In datzelfde verslag van nazicht wordt de volgende rangschikking voorgesteld:

“

Finale rangschikking regelmatige offertes (gerangschikt volgens totale score)

Nr.	Naam	Score
1	S.B.	95
2	Terra Engineering & Consultancy nv	34,25

”

3.9. Met een nieuwe beslissing van 23 augustus 2024, die diezelfde dag per e-mail en met een ter post aangetekende brief aan de verzoekende partij wordt bezorgd, wordt de opdracht gegund aan de economisch meest voordelige regelmatige bieder (op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding), zijnde de bv [S.B.].

Dit is de betreden beslissing.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

A. Belang van de verzoekende partij

4. In zoverre de verwerende partij in haar nota aanvoert dat de verzoekende partij het vereiste belang bij de vordering (in haar geheel) ontbeert – dat wil zeggen ook in zoverre deze vordering is gericht tegen de gunningsbeslissing van de raamovereenkomst aan de belanghebbende derde –, omdat de verzoekende partij er niet in slaagt aan te tonen dat zij als eerste, regelmatige inschrijver gerangschikt moest worden nu zij niet kan aantonen dat aan haar offerte een hogere score moest worden toegekend dan aan deze van de belanghebbende derde, wordt zij niet bijgevallen.

Het is niet vereist dat de verzoekende partij aantoont dat zij een recht heeft op gunning van de opdracht opdat zij belang zou hebben bij de voorliggende vordering tot schorsing van de gunningsbeslissing. Immers, opdat een inschrijver belang heeft bij zijn vordering gericht tegen de gunningsbeslissing van de opdracht aan de belanghebbende derde, volstaat het dat de inschrijver na een eventuele schorsing of nietigverklaring van de bestreden gunningsbeslissing, de kans verwerft op een nieuwe gunning van de opdracht.

5. In het enig middel van haar verzoekschrift, eerste middelonderdeel, voert de verzoekende partij in hoofdzaak de schending aan van een aantal bepalingen en beginselen op grond waarvan de aanbestedende overheid ertoe gehouden zou zijn in het bestek een prijslijst of inventaris op te nemen opdat een objectieve vergelijkingsbasis voor het beoordelen van de ingediende offertes voorhanden zou zijn, hetgeen zij te dezen zou hebben nagelaten. Indien dit middel ernstig wordt bevonden, lijkt zulks slechts te kunnen worden verholpen door het herbeginnen van de gehele gunningsprocedure. In dat geval lijkt het niet bij voorbaat uitgesloten dat de verzoekende partij wel nog kans maakt op de gunning van de opdracht. Daarnaast voert de verzoekende partij ook

een tweede middelonderdeel aan waarin zij een inhoudelijke kritiek uit op de beoordeling van haar offerte. De verwerende partij geeft in haar exceptie niet aan waarom de verzoekende partij ook op grond van het tweede middelonderdeel niet over het vereiste belang bij haar vordering zou beschikken. Bijgevolg hangt de opgeworpen exceptie in ieder geval samen met de ernst van het enig middel en dient het dan ook eerst te worden onderzocht.

Voorts lijkt het een ontvankelijkheidskritiek die vooral relevant is ter beoordeling van de ontvankelijkheid van het, te dezen aangevoerde (enig) middel, niet voor de ontvankelijkheid van de vordering in haar geheel.

B. Impliciete weigeringsbeslissing

6. De verwerende partij werpt nog een exceptie van niet-ontvankelijkheid van de vordering op in zoverre deze is gericht tegen de impliciete beslissing om de voorliggende raamovereenkomst voor bodemonderzoeken niet aan de verzoekende partij te gunnen. Volgens de verwerende partij wordt deze vordering niet verder onderbouwd. De verzoekende partij laat na aannemelijk te maken, laat staan dat zij hard kan maken dat deze opdracht in alle omstandigheden aan haar had moeten worden gegund.

7. Overeenkomstig de rechtspraak van de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, arresten nr. 222.357 en nr. 222.358 van 1 februari 2013, moet de jurisprudentiële techniek van de bijkomende vernietiging van de impliciete weigering om een opdracht aan een verzoekende partij te gunnen, voor uitzonderlijke gevallen voorbehouden blijven. Het is daarbij vereist dat de verzoekende partij aantoont dat er uitzonderlijke omstandigheden zijn die wijzen op een rechtsplicht in hoofde van de aanbestedende overheid om de opdracht aan haar te gunnen. De verzoekende partij maakt te dezen niet op een overtuigende, afdoende wijze aannemelijk – en al zeker niet met de in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid

vereiste mate van *prima facie* ernst – dat zulke uitzonderlijke omstandigheden voorhanden zijn.

Bovendien, zoals hiervoor reeds is gebleken, – en dat is wat de verzoekende partij de Raad van State vraagt om te beoordelen –, indien het door haar aangevoerde eerste onderdeel van het enige middel ernstig zou blijken te zijn, lijkt dit in te moeten houden dat de plaatsingsprocedure hoe dan ook van bij het begin dient te worden hernomen, wat moeilijk verenigbaar lijkt met een beweerd recht op directe gunning van de opdracht aan de verzoekende partij.

8. De exceptie is gegrond.

V. Vertrouwelijkheid van de stukken – administratief dossier

9. Op de terechtzitting vraagt de verzoekende partij om kennis te kunnen nemen en, aldus, de vertrouwelijkheid te lichten van de interne beoordelingsdocumenten die bij het administratief dossier werden gevoegd (stuk 9.1 van het administratief dossier).

10. De verwerende partij benadrukt – op het eerste gezicht niet ten onrechte – dat het betrokken intern beoordelingsdocument waarvan zij de vertrouwelijkheid heeft gevraagd, inzage geeft in het plan van aanpak van de gekozen inschrijver en de wijze waarop deze de twee betrokken scenario's heeft uitgewerkt, wat, *prima facie* gegevens betreft waarvan inzage door de verzoekende partij de rechtmatige commerciële belangen van de gekozen inschrijver zou kunnen schaden.

11. In de huidige stand van het geding lijkt er geen grond om op dat verzoek in te gaan. De kritiek die de verzoekende partij aanvoert in het eerste middelonderdeel van het enige middel betreft immers de wettigheid van het bestek, kritiek waarvoor de betrokken beoordelingsdocumenten weinig

relevant zijn. Het tweede middelonderdeel betreft de toetsing van de offertes. Het verloop van de toetsing werd evenwel op het eerste gezicht in afdoende mate ter kennis gebracht van de verzoekende partij in de vorm van het gunningsverslag. Er blijkt niet dat in het licht van de kritieken zoals aangevoerd in de onderdelen van het enige middel het lichten van de vertrouwelijkheid vereist zou zijn.

In zoverre de verzoekende partij een principiële lichting van de vertrouwelijkheid nastreeft, kan er worden opgemerkt dat er haar wel degelijk reeds een niet-vertrouwelijke versie van de beoordeling werd bezorgd in de vorm van het gunningsverslag. Die mededeling lijkt in de huidige stand van het geding te kunnen volstaan. De verzoekende partij heeft, vanuit het oogpunt 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: de wet van 17 juni 2013) in het bijzonder artikel 10 ervan, geen principieel recht op inzage in elk stuk van het administratief dossier waarin commercieel gevoelige gegevens uit de offertes van de overige inschrijvers worden vermeld. Er dienen haar enkel de relevante motieven voor het niet-kiezen van haar offerte ter kennis te worden gebracht, wat te dezen wel degelijk lijkt te zijn gebeurd door mededeling van het gunningsverslag.

Voorts blijkt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet te zijn gehinderd, bij het aanvoeren van haar enige middel tegen de bestreden beslissing, door het feit dat deze stukken vertrouwelijk zijn gebleven. Er blijkt op het eerste gezicht aldus niet hoe de niet-inzage van de als vertrouwelijk neergelegde stukken, te dezen afbreuk zou doen aan hun recht op een eerlijk proces.

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

13. Er is in deze fase van het geding geen grond om het vertrouwelijk karakter van het betrokken stuk van het administratief dossier te lichten.

VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

14. 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 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.

VII. Ernst van het enig middel

15. De verzoekende partij voert in een enig middel, dat twee middelonderdelen omvat, de schending aan van de artikelen 4, 5, 93, 119, 133, 153, 52, § 2, en 81, van de wet 17 juni 2016, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de wet van 21 juli 1991), evenals van de beginselen van behoorlijk bestuur, “meer in het bijzonder van de materiëlemotiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel en transparantiebeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.”

A. Eerste middelonderdeel

Standpunt van de partijen

16. De verzoekende partij vat het eerste middelonderdeel van haar enig middel als volgt samen:

> "Doordat de bestreden gunningsbeslissing voor wat het gunningscriterium prijs betreft, gesteund is op de beoordeling van de kostprijs van de twee scenario's en er geen rekening wordt gehouden met de algemene prijslijst;
> Terwijl het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel vereisen dat offertes vergelijkbaar moeten zijn;
> Terwijl wanneer de inschrijvers zelf de algemene prijslijst dienen samen te stellen en de aanbesteder geen inventaris ter beschikking stelt, het onmogelijk is om op een eerlijke, transparante en proportionele wijze de offertes te vergelijken omdat geen enkele algemene prijslijst identiek qua inhoud zal zijn. Iedere inschrijver zal zijn eigen indeling en samenstelling van onderscheiden posten maken zodat er geen uniforme vergelijkingsbasis is;
> Terwijl een transparante beoordeling van het criterium prijs vereist dat er in de beoordeling een onderscheid wordt gemaakt tussen de prijs voor scenario 1 en voor scenario 2, dat deze informatie op heden ontbreekt en het dus onmogelijk is om na te gaan of de aanpak voor elke scenario prijsmatig correct is in verhouding tot het voorgestelde concrete plan van aanpak voor elk scenario;
> Zodat het bestek en de bestreden beslissingen de verplichting tot een gelijke behandeling van de inschrijvers schenden en dit leidt tot onbeperkte keuzevrijheid in hoofde van de aanbesteder. Verder is het voor de opdrachtnemer onmogelijk om na te gaan of de samengestelde algemene prijslijst juist en volledig is omdat deze prijslijst op geen enkele wijze wordt gecontroleerd. Er wordt enkel rekening gehouden met de berekening van de kostprijs van de twee scenario's die inhoudelijk niet gecontroleerd zijn op hun juistheid of volledigheid. Minstens blijkt de inhoudelijke controle niet uit de motivering die in de bestreden beslissingen is opgenomen."

In dit middelonderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat het gunningscriterium prijs zoals beschreven in het bestek onwettig is omdat het aan de inschrijvers wordt overgelaten om zelf een prijslijst voor de diensten die zij zullen leveren bij hun offertes te voegen, zodat een uniforme vergelijkingsbasis ontbreekt. Ook de beoordeling van de offertes aan de hand van het prijscriterium in het gunningsverslag is onwettig, deze zou niet voldoende transparant zijn uiteengezet. De verzoekende partij licht toe dat het bestek inzake

het gunningscriterium prijs bepaalt dat de inschrijver de prijslijst die hij voor alle werkzaamheden hanteert, moet toevoegen. Aan de hand van deze prijslijst moeten twee gedetailleerde prijsopgaves worden gemaakt voor de twee scenario's die de inschrijver moet beschrijven in zijn plan van aanpak. De totaalprijs die de som van de kostprijs van de beide scenario's is, wordt vergeleken. Verder in het bestek wordt verduidelijkt dat na de gunning de opdracht, het perceel waarvoor de twee scenario's worden beschreven, ook op die wijze zal worden uitgevoerd. Ook alle andere werkzaamheden die tijdens de uitvoering van de opdracht worden gepresteerd, zullen worden aangerekend aan de hand van de posten van de algemene prijslijst van de inschrijver. Op die wijze gaat het bestek in tegen het principe dat offertes vergelijkbaar moeten zijn omdat er bij het bestek geen inventaris is gevoegd die als uniforme vergelijkingsbasis kan dienen. De inschrijvers hebben zelf de posten van de algemene prijslijst bepaald, zodat het onmogelijk is om op een eerlijke, transparante en proportionele wijze de offertes te vergelijken. Iedere inschrijver zal zijn eigen indeling en samenstelling van onderscheiden posten maken zodat er geen uniforme vergelijkingsbasis is. Bovendien, aldus de verzoekende partij, is de algemene prijslijst blijkbaar niet in detail onderzocht op volledigheid. In het gunningsverslag wordt bij "nazicht abnormale eenheidsprijzen en totale offerteprijzen" enkel vermeld dat de algemene prijslijsten van beide inschrijvers "erg vergelijkbaar" zijn. Daarmee is niet aangetoond dat de algemene prijslijsten van de inschrijvers een objectieve vergelijkingsbasis zijn. Het gunningscriterium prijs is beoordeeld aan de hand van de som van de kostprijs van de twee scenario's. Er moet echter worden vastgesteld dat in het gunningsverslag geen transparant onderscheid is gemaakt tussen de prijs voor scenario 1 en voor scenario 2, terwijl deze twee prijsonderdelen wel relevant zijn omdat ze elk betrekking hebben op een onderscheiden onderdeel van de opdracht. Het prijsonderzoek vereist dat, gegeven de verschillende scenario's, de aangeboden prijs wordt onderzocht in het licht van de concreet voorgestelde aanpak voor het betrokken scenario, wat niet is gebeurd, minstens blijkt dat niet uit de motivering van de bestreden beslissing. Uit wat voorafgaat volgt dat er geen gelijke

behandeling van de inschrijvers is geweest en leidt deze werkwijze ertoe dat de aanbesteder zich een onbeperkte keuzevrijheid heeft gegeven doordat er geen vergelijkbare inventaris is en geen onderzoek is gedaan naar de correlatie tussen de aangeboden prijs van elk scenario, met enerzijds de algemene prijslijst en anderzijds de concreet voorgestelde aanpak. Voorts is het onmogelijk om aan de hand van de verstrekte motivering na te gaan of de samengestelde algemene prijslijst van de inschrijvers juist en volledig is omdat deze prijslijst op geen enkele wijze wordt gecontroleerd door de aanbesteder. De vermelding dat de algemene prijslijsten “erg vergelijkbaar” zijn, is niet afdoende en staaft niet dat het om een objectief vergelijkbare lijst gaat. Er wordt enkel rekening gehouden met de berekening van de kostprijs van de twee scenario’s, die inhoudelijk – wat de toepasselijke posten betreft - niet gecontroleerd zijn op hun juistheid of volledigheid; minstens blijkt die inhoudelijke controle niet uit de motivering van de bestreden beslissing. Gelet op de kritieken op de inhoudelijke beoordeling van de twee scenario’s (tweede middelonderdeel), valt het volgens de verzoekende partij op dat blijkbaar de offerte van de bv [S.B.] heel weinig acties voorstelde omdat “wordt uitgegaan van minimale noodzakelijke onderzoeken” en er wordt getracht om overdaad te vermijden, wat volgens haar bevestiging vindt in het verslag van nazicht waarin is gesteld dat “[d]e verschillen in de opgegeven totaalprijzen per scenario hun verklaring [vinden] in de, bijna tegenovergestelde, aanpak van elke inschrijver.” *(cfr. supra* punt 3.8). Het is verder “bizar, disproportioneel en niet transparant” dat wanneer het de bedoeling is om een volledige prijslijst te maken, de goedkoopste offerte die inhoudelijk het minste aanbiedt, als de beste offerte wordt beschouwd en representatief zou zijn voor het voordelig karakter van alle posten die door die inschrijver worden aangeboden. Die werkwijze “opent de deur voor speculatie”: ze maakt het mogelijk dat enkel een beperkt aantal diensten aan lage prijs wordt aangeboden en beoordeeld onder het prijscriterium en dat alle andere posten die niet in de offerte zijn benut een hoge prijs hebben (die weliswaar niet abnormaal hoog is beschouwd). Deze werkwijze biedt geen garantie dat alle posten globaal gezien de meest voordelige

zijn door hun lagere totaalprijs en ze illustreert tot slot hoe, te dezen, het bestek toelaat dat de aanbesteder een onbeperkte keuzevrijheid heeft.

17. In de nota betwist de verwerende partij de ontvankelijkheid van het eerste middelonderdeel. Zij doet in eerste instantie gelden dat de verzoekende partij de onwettigheid van het bestek had moeten aanvoeren in een afzonderlijk beroep of vordering in kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid en de verzoekende partij deze onwettigheid niet pas voor het eerst mag aanvoeren tegen de uiteindelijke gunningsbeslissing.

Wat de ernst van het eerste middelonderdeel betreft, erkent de verwerende partij dat het bestek geen inventaris of in te vullen algemene prijslijst bevat en de inschrijver zelf een prijslijst moet toevoegen voor alle werkzaamheden en vervolgens twee prijsopgaves moet maken voor de in het bestek beschreven scenario's. Volgens haar betreft het nog steeds een opdracht tegen prijslijst omdat de score van de offertes teruggaat op de prijsopgaven van de in het bestek beschreven scenario's. Die scenario's en de verstrekte informatie is voor alle inschrijvers dezelfde zodat er wel degelijk een uniforme vergelijkingsbasis voorligt. In essentie stelt de verwerende partij dat "[d]e prijsvergelijking baseren op 2 scenario's net de vergelijkbaarheid van de offertes [bewerkstelligt], het louter vergelijken van de algemene prijslijst is net geen objectieve vergelijkingsbasis. Aan de hand van concrete en realistische scenario's kan namelijk nagegaan worden hoe de inschrijver de prijzen zal toepassen in de praktijk.". Bij de beoordeling van deze argumentatie van de verzoekende partij mag volgens haar ook niet uit het oog worden verloren dat de voorliggende opdracht een raamovereenkomst betreft en dat aldus nog geen duidelijk beeld kan worden geschetst van alle prestaties die zullen moeten worden uitgevoerd in het kader van deze opdracht. Daarnaast is het ook belangrijk, zo beklemtoont de verwerende partij, dat zij in deze opdracht net op zoek gaat naar een expert in de materie, die zelf kan beoordelen welke stappen in welk scenario moeten worden gezet. Zij betwist voorts de kritiek van de verzoekende partij dat in het

gunningsverslag geen transparant onderscheid is gemaakt tussen de prijs voor het eerste en het tweede scenario, waardoor het onmogelijk is om na te gaan of de aanpak voor elk scenario prijsmatig correct is in verhouding tot het voorgestelde concrete plan van aanpak. Volgens de verwerende partij is die kritiek “zeer vaag” en niet onderbouwd en kunnen de prijzen niet worden bekendgemaakt doch uit “de combinatie van enerzijds het plan van aanpak voor de beide scenario’s en anderzijds de prijzen opgegeven voor deze scenario’s blijkt wel degelijk dat de aangeboden prijzen correct zijn in het licht van de voorgestelde aanpak”. De correlatie tussen de prijs en het plan van aanpak werd wel degelijk onderzocht: het verschil in prijs is volgens haar niet te wijten aan zeer sterk uiteenlopende prijzen in de algemene prijslijst, maar kan worden verklaard door het feit dat de verzoekende partij haar scenario’s weinig efficiënt uitwerkt en een zeer uitgebreid aantal onderzoeken voorstelt, terwijl deze niet steeds allemaal noodzakelijk zijn. Verder impliceert artikel 44, § 1, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 18 juni 2017) dat de aanbestedende dienst het abnormaal lage karakter van een inschrijving *prima facie* beoordeelt. Deze reglementaire bepaling verplicht de aanbestedende dienst bijgevolg niet om de samenstelling van elke inschrijving ambtshalve in detail te onderzoeken om vast te stellen dat het geen abnormaal lage inschrijving betreft. Aangezien de algemene prijslijsten in dezelfde lijn lagen, wat ook blijkt uit het administratief dossier, leek geen enkele van de opgegeven tarieven abnormaal hoog of laag. Er moest dan ook geen verdere bevraging worden uitgevoerd noch moest de verwerende partij hierover diepgaander motiveren in het gunningsverslag of de gunningsbeslissing. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij voorhoudt, heeft de verwerende partij zichzelf geen onbeperkte keuzevrijheid gegeven. Het gunningscriterium prijs wordt gequoteerd op basis van de prijsopgaves van de in het bestek opgegeven scenario’s die voor alle inschrijvers dezelfde zijn. Er is dus een objectief vergelijkingspunt. Het gaat er voorts niet om wie het meest of minst aanbiedt maar wel “om wie correct aanbiedt, lees efficiënt en onnodige onderzoeken vermijdend”. Het gaat erom wie duidelijk maakt dat zij expert is in

de materie en een ontzorgende partner. Dit was alleszins niet de verzoekende partij.

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het eerste middelonderdeel

18. De verzoekende partij verwijt de verwerende partij dat zij het in het bestek aan de inschrijvers heeft overgelaten een algemene prijslijst samen te stellen, noch een inventaris (met posten) ter beschikking heeft gesteld zodat het onmogelijk is gebleken om op een eerlijke, transparante en proportionele wijze de offertes te vergelijken omdat geen enkele algemene prijslijst identiek qua inhoud zal zijn. Iedere inschrijver zal zijn eigen indeling en samenstelling van onderscheiden posten maken zodat er geen uniforme vergelijkingsbasis is.

Anders dan de verwerende partij het ziet, mag een verzoekende partij in haar vordering tegen de gunningsbeslissing de onwettigheid inroepen van het bestek, zelfs indien zij de beslissing tot vaststelling van het bestek als zodanig niet heeft aangevochten bij de Raad van State. De Raad van State herinnert eraan dat hij in arrest nr. 152.173 van de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak van 2 december 2005 heeft geoordeeld dat de mogelijkheid om onmiddellijk een beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen de beslissing waarbij het bestek wordt vastgesteld, niet wegneemt dat de onrechtmatigheden die een inschrijver aan een bestek(bepaling) verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze mag worden ingeroepen tegen latere beslissingen in het kader van de gunningsprocedure.

19. In zoverre de verwerende partij – op de terechtzitting – nog aanvoert dat de verzoekende partij een gebrek aan zorgvuldigheid aan de dag zou hebben gelegd en te voortvarend zou hebben gehandeld door tijdens de plaatsingsprocedure geen bezwaren te uiten of vragen te stellen, dient er te

worden opgemerkt dat de Raad van State in het verleden al heeft geoordeeld dat het om die reden niet-ontvankelijk verklaren van het middel een buitensporige inmenging zou vormen in het recht van een verzoekende partij om de rechtsmiddelen aan te wenden die haar ter beschikking staan. Er kan immers niet worden voorbijgegaan aan het feit dat een inschrijver zich in eerste instantie concentreert op de voorbereiding van zijn offerte zelf. In dat stadium van de procedure moet van een inschrijver dan ook niet worden verwacht, tenzij er bijvoorbeeld sprake is van kwade trouw, dat hij overgaat tot een juridisch onderzoek van elke bepaling van de opdrachtdocumenten of elk gebrek daarin met het oog op het onmiddellijk aanwenden van een rechtsmiddel.

Te dezen, en daargelaten nog of de verzoekende partij zoals zij in haar verzoekschrift stelt – en daarin door de verwerende partij niet wordt tegengesproken –, telefonisch heeft verzocht of er een inventaris beschikbaar was waarop de verwerende partij aangaf dat de beide scenario's moesten worden uitgewerkt naar kostprijs voor het gunningscriterium prijs en naar plan van aanpak voor het gunningscriterium kwaliteit, doet zulks niet anders besluiten. Deze gang van zaken doet er niet aan af dat de verzoekende partij pas gaandeweg heeft kunnen inzien welke moeilijkheden deze werkwijze zou opleveren bij het opstellen van haar offerte en, vervolgens, bij de beoordeling ervan door de verwerende partij zodat ook te dezen mag worden aangenomen dat zij, in het belang van haar onderneming, te goeder trouw en zorgzaam haar offerte heeft opgesteld met als doel de opdracht te verkrijgen en zich daarop heeft geconcentreerd.

20. De exceptie wordt niet aangenomen. Het eerste middelonderdeel is ontvankelijk.

Ernst van het eerste middelonderdeel

21. Artikel 34, eerste lid, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 luidt:

> "De prijs van de opdracht wordt bepaald volgens een van de prijsvaststellingen vermeld in artikel 2, 3° tot 6°."

Het bestek bepaalt dat de voorliggende opdracht voor diensten "wordt beschouwd als een opdracht tegen prijslijst".

Artikel 2, 4º, van datzelfde koninklijk besluit bepaalt dat een opdracht tegen prijslijst een "opdracht [is] waarbij de eenheidsprijzen voor de verschillende posten forfaitair zijn en de hoeveelheden, voor zover er hoeveelheden voor de posten worden bepaald, worden vermoed of worden uitgedrukt binnen een vork. De posten worden verrekend op basis van de werkelijk bestelde en gepresteerde hoeveelheden".

Bij een opdracht tegen prijslijst ligt derhalve wat de prijsvaststelling betreft de focus op de eenheidsprijzen.

Wanneer, zoals te dezen, een overheidsopdracht voor diensten door de verwerende partij wordt aangemerkt als een opdracht tegen prijslijst, dient *prima facie* te worden aangenomen, dat zij in beginsel bij de opdrachtdocumenten een inventaris (van posten) dient te voegen, zijnde, overeenkomstig artikel 2, 8º, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017, "het opdrachtdocument waarin de prestaties van een opdracht voor leveringen of diensten over verschillende posten worden gefractioneerd en waarbij voor iedere post de hoeveelheid of de wijze van prijsvaststelling wordt vermeld". Dit document vullen de inschrijvers dan in met opgave van hun forfaitaire eenheidsprijzen voor de betrokken posten.

Bij de opdrachtdocumenten blijkt er geen dergelijke inventaris te zijn gevoegd. Het bestek bepaalt daarentegen bij de omschrijving van het gunningscriterium prijs:

> "De inschrijver voegt de prijslijst toe die hij hanteert voor alle werkzaamheden. Met deze prijslijst worden er 2 gedetailleerde prijsopgaves gemaakt voor de 2 uitkomsten van het scenario bij III.4. De totaalprijs van deze 2 wordt vergeleken."

Onder Punt III.4 "Scenario" verwijst het bestek naar één van de percelen grond waarop de opdracht betrekking heeft en worden twee scenario's geschetst, namelijk deze waarin er al dan niet een oriënterend bodemonderzoek (OBO) moet worden uitgevoerd op het betrokken perceel grond.

Het wordt verder geheel aan de inschrijvers overgelaten om zelf een prijslijst op te stellen en bij hun offertes te voegen, waarna deze prijslijst dient te worden toegepast op de twee voornoemde scenario's en de offertes vervolgens, wat het aspect prijs betreft, worden beoordeeld aan de hand van de totaalprijzen die worden verkregen voor deze twee scenario's.

22. De verzoekende partij lijkt op het eerste gezicht terecht te doen gelden dat een "opdracht tegen prijslijst" veronderstelt dat er een uniforme vergelijkingsbasis voor de door de inschrijvers opgegeven eenheidsprijzen voorhanden dient te zijn, zowel wat de toetsing van het prijscriterium betreft, als voor het regelmatigheidsonderzoek en dan meer in het bijzonder het onderzoek naar abnormale (eenheids)prijzen en kosten.

Een zorgvuldig handelende aanbestedende overheid dient, wanneer zij ervoor kiest om te werken met een opdracht tegen prijslijst, dan ook een inventaris (van posten) bij de opdrachtdocumenten te voegen. Deze inventaris fungeert immers als referentiekader voor de inschrijvers om hun eenheidsprijzen op een consistente manier te formuleren. De aanbestedende overheid lijkt het niet aan de inschrijvers te mogen overlaten om zelf eigenhandig een prijslijst voor hun

dienstverlening op te stellen en deze bij hun offertes te voegen. Die werkwijze lijkt immers tot gevolg te hebben dat er geen uniforme vergelijkingsbasis voorhanden zal zijn, nu het hierdoor aan de inschrijvers wordt overgelaten om geheel naar hun eigen inzichten de prestaties van de opdracht over verschillende posten te fractioneren en daarbij voor iedere post zelf de wijze van prijsvaststelling te kiezen. Het ligt voor de hand dat zij daarbij, ondanks hun expertise, elk een eigen – en dus van elkaar afwijkende – werkwijze zullen volgen, wat onvermijdelijk tot variaties en afwijkingen zal leiden tussen de verschillende offertes, wat te dezen des te meer in het oog springt wanneer, zoals de verwerende partij zelf aangeeft, de inschrijvers – en hier zijn er slechts twee – uitgaan van een bijna tegenovergestelde aanpak.

De bij de twee offertes gevoegde prijslijsten, die vertrouwelijk zijn neergelegd maar die de Raad heeft kunnen inzien, blijken op het eerste gezicht inderdaad aanzienlijke verschillen te bevatten wat het fractioneren van de opdracht in posten en de wijze van prijsvaststelling van die posten betreft.

Er blijkt aldus op het eerste zicht geen uniforme vergelijkingsbasis voorhanden te zijn voor de door de inschrijvers opgegeven eenheidsprijzen. Zulks lijkt meteen ook te verhinderen dat er een afdoende regelmatigheidsonderzoek van de offertes kan worden gevoerd wat de prijsopgave betreft, met inbegrip van het prijzenonderzoek. Ook lijkt het onderling vergelijken van de door de inschrijvers opgegeven eenheidsprijzen allesbehalve evident. Het voorhanden zijn van een uniforme vergelijkingsbasis is essentieel om te waarborgen dat alle inschrijvers op een gelijke manier beoordeeld worden en strekt ertoe te vermijden dat inschrijvers bepaalde voor- of nadelen zouden ondervinden die voortvloeien uit hun verschillende interpretaties van de opdracht. Het gevolg hiervan is *prima facie* dat het rechtsgeldig verloop van de evaluatie van de offertes te dezen beslissend is ondermijnd. Het risico is imminent dat, zij het onbedoeld, bepaalde inschrijvers worden bevoordeeld of benadeeld door het ontbreken van een consistente aanpak bij de prijsopgave en

het fractioneren van de opdracht over posten. Gelet op het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel als grondslagen van het overheidsopdrachtenrecht, lijkt een zorgvuldige handelwijze bij het bepalen van de opdrachtdocumenten te vereisen dat inschrijvers een duidelijke en uniforme structuur wordt geboden voor een prijsopgave in het kader van een opdracht tegen prijslijst. Dat, zoals de verwerende partij benadrukt, de insteek van de opdracht zou zijn om de aanbestedende overheid te “ontzorgen”, mag er niet toe leiden dat de aanbestedende overheid het vaststellen van essentiële opdrachtdocumenten aan de inschrijvers zou mogen overlaten naar eigen goeddunken.

23. Het argument in de nota dat het baseren van de prijsvergelijking op twee scenario’s juist de vergelijkbaarheid van de offertes bevordert, overtuigt voorshands niet.

Het bestek blijkt de totaalprijzen voor twee scenario’s inzake oriënterend bodemonderzoek op één perceel grond dat voorwerp is van de opdracht (berekend aan de hand van de door de inschrijvers zelf opgestelde prijslijsten), als vergelijkingsbasis voor de toetsing van het prijscriterium voorop te stellen.

Daargelaten nog de vraag – gegeven de nadruk op de eenheidsprijzen als vergelijkingspunt bij een opdracht tegen prijslijst – of het niet indruist tegen het basisuitgangspunt van die wijze van prijsvaststelling om van de inschrijvers te vereisen dat zij een totaalprijs per scenario zouden opgeven om vervolgens (enkel) die totaalprijs als uitgangspunt te hanteren bij de beoordeling van de offertes, mag er niet aan worden voorbijgegaan dat, te dezen, de inschrijvers hun eigen prijslijsten opstellen en dus zelf bepalen hoe zij de verschillende onderdelen van de uitvoering van de opdracht in prijzen of posten verdelen. Zulks lijkt weerom geen garantie te bieden dat de totaalprijs van elk van de beide scenario’s voor het betrokken perceel grond bij elke inschrijver dezelfde onderliggende kostenelementen of prestaties omvat. De totaalprijzen

weerspiegelen derhalve niet noodzakelijk dezelfde prestaties of kostenstructuren, wat een transparante en objectieve vergelijking van de offerteprijzen vrijwel onmogelijk maakt.

Het beperken van de prijsvergelijking tot slechts twee scenario's voor slechts één perceel van deze opdracht, lijkt daarenboven op het eerste gezicht een beperkt en fragmentarisch beeld van de volledige opdracht te bieden. De opdracht kan veel meer variabelen en omstandigheden omvatten dan de twee scenario's die in het bestek voor het betreffende perceel grond zijn opgenomen. Door de prijsvergelijking te beperken tot deze scenario's, wordt mogelijk slechts een beperkt deel van de prijsstructuur van de inschrijvers geëvalueerd, terwijl hun prijsstrategieën voor andere onderdelen van de opdracht onbelicht blijven, wat kan leiden tot een vertekend beeld.

Het betoog in de nota dat deze opdracht een raamovereenkomst betreft en dat aldus nog geen duidelijk beeld geschetst kan worden van alle prestaties die zullen moeten worden geleverd in het kader van deze opdracht, lijkt dit eerder te bevestigen dan te weerleggen.

De gunningsbeslissing blijkt aldus te berusten op een beoordeling van offertes die niet afdoende vergeleken kunnen worden, welke onvergelijkbaarheid voortvloeit uit een gebrek in de opdrachtdocumenten. Dit gebrek aan uniformiteit heeft *prima facie* geleid tot een beoordeling die niet op een rechtmatige en transparante wijze heeft kunnen plaatsvinden.

24. Het eerste middelonderdeel is in de aangegeven mate ernstig.

VIII. Besluit

25. Het enig middel is in de aangegeven mate ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook ingewilligd.

26. Voor zover de vordering ook is gericht tegen de beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen is ze, zoals *supra* onder punten 7 en 8 is gebleken, niet-ontvankelijk.

IX. Kosten

27. Het is passend, gelet op het inwilligen van de vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 23 augustus 2024 van de nv van publiek recht North Sea Port Flanders waarbij de raamovereenkomst voor bodemonderzoeken wordt gegund aan [een derde].

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

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

Kaat Leus, staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Johan Pas, griffier.

De griffier **De voorzitter**

Johan Pas **Kaat Leus**