

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIV<sup>e</sup> KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 261.081 van 17 oktober 2024  
in de zaak A. 242.985/XIV-39.639**

In zake: de NV D.  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Carlos De Wolf  
kantoor houdend te 9680 Maarkedal  
Etikhovestraat 6  
bij wie woonplaats wordt gekozen  
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Charlotte De Wolf  
kantoor houdend te 9000 Gent  
Fortlaan 95

tegen:

de NATIONALE MAATSCHAPPIJ DER BELGISCHE  
SPOORWEGEN (NMBS)  
nv van publiek recht  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Barteld Schutyser en Simon Dael  
kantoor houdend te 1050 Brussel  
Louizalaan 99  
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de BV E.  
2. de NV K.  
samen vormend een tijdelijke maatschap  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Kris Lemmens en Cédric Vandekeybus  
kantoor houdend te 2018 Antwerpen  
Mechelsesteenweg 127A  
bij wie woonplaats wordt gekozen  
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Sophie Bleux  
kantoor houdend te 1000 Brussel  
Regentschapsstraat 58, bus 8

## *I. Voorwerp van de vordering*

1. De vordering, ingesteld op 17 september 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de verwerende partij van 2 september 2024 waarbij de opdracht ‘Raamovereenkomst voor het vervaardigen, het leveren en het plaatsen van NMBS multifunctionele kantelbare palen’ wordt gegund aan [de tijdelijke maatschap bv E.- nv K.].”

## *II. Verloop van de rechtspleging*

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

Met een verzoekschrift van 30 september 2024 hebben de bv E. en de nv K., samen vormend een tijdelijke maatschap (tm), gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 oktober 2024.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Barteld Schutyser, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Sophie Bleux, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena 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 voor werken uit met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor het vervaardigen, het leveren en het plaatsen van NMBS multifunctionele kantelbare palen’, verspreid over het hele netwerk in België.

De opdracht wordt geplaatst met de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging overeenkomstig artikel 123 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet van 17 juni 2016), bepaling die geldt voor de speciale sectoren.

De opdracht wordt nationaal bekendgemaakt.

3.2. Luidens de ‘algemene bepalingen’ van het bestek dat op de opdracht van toepassing is, zal deze worden afgesloten in de vorm van een raamovereenkomst met één ondernemer in de zin van artikel 43 van de wet van 17 juni 2016. De uit te voeren werken zullen plaatsvinden op basis van specifieke opdrachten gesloten op basis van de raamovereenkomst. De raamovereenkomst wordt gesloten voor een periode van vier jaar (artikelen 00.2.1 en 00.2.2 van het bestek).

De totale geraamde waarde van het geheel van de specifieke opdrachten tijdens de totale duur van de raamovereenkomst is vastgelegd op een bedrag van 4.000.000 euro. De maximale totale waarde waarop deze raamovereenkomst betrekking heeft, is vastgelegd op een bedrag van 5.500.000 euro (artikel 00.2.4).

De offertes zullen worden beoordeeld aan de hand van één gunningscriterium, namelijk de prijs (artikel 01.9.1).

Betreffende het verloop van de plaatsingsprocedure, zijn nog volgende bestekbepalingen in deze zaak relevant:

#### **“01.4.4 Beoordeling eerste offertes**

De aanbesteder zal, vooreerst, de regelmatigheid van de ingediende eerste offertes onderzoeken [voetnoot 9: ‘Art. 74 KB Plaatsing’].

Wanneer in de eerste offerte van een inschrijver substantiële onregelmatigheden worden vastgesteld, behoudt de aanbesteder zich het recht voor hetzij om deze offerte nietig te verklaren, hetzij om de onregelmatigheden te laten regulariseren. Hetzelfde geldt indien de eerste offerte meerdere niet-substantiële onregelmatigheden bevat die door hun cumulatie of combinatie tot een substantiële onregelmatigheid aanleiding geven [voetnoot 10: ‘Art. 74, § 5 KB Plaatsing’].

In het kader van het regelmatigheidsonderzoek zal tevens een prijsonderzoek worden uitgevoerd [voetnoot 11: ‘Art. 43 KB Plaatsing’].

[...]

Alleen de regelmatige (desgevallend geregulariseerde) offertes zullen op basis van de gunningscriteria beoordeeld en gerangschikt worden.

#### **01.4.5 Onderhandelingen, indiening tussentijdse en definitieve offertes, aanduiding voorkeursbieder, finale onderhandelingen**

De aanbesteder kan, zonder hiertoe verplicht te zijn, de best gerangschikte inschrijver(s) of alle inschrijvers uitnodigen voor één of meerdere onderhandelingsronde(s), teneinde de ingediende offerte(s) te optimaliseren. Indien de aanbesteder beslist om het aantal inschrijvers dat tot deelname aan een onderhandelingsronde wordt uitgenodigd, te beperken dan zullen de betrokken inschrijvers op basis van een rangschikking, opgesteld na een beoordeling van de offertes op basis van de gunningscriteria, worden gekozen.

Het initiatief tot onderhandelen ligt bij de aanbesteder. De onderhandelingen kunnen hetzij mondeling, hetzij schriftelijk worden gevoerd. De inschrijvers kunnen suggesties doen voor de onderwerpen die het voorwerp van onderhandelingen kunnen uitmaken. De aanbesteder is echter niet verplicht om aan deze suggesties gevolg te geven.

Tijdens de onderhandelingen kan de aanbesteder één of meerdere inschrijvers vragen bepaalde onderdelen van hun offerte nader uit te werken. De aanbesteder kan elk van de eventuele onderhandelingsrondes al dan niet laten volgen door de indiening van één of meerdere tussentijdse offertes of een definitieve offerte. De uitnodiging tot het indienen van een tussentijdse offerte of een definitieve offerte kan, in voorkomend geval, van een

aangepast bijzonder bestek en/of een aangepaste samenvattende opmeting vergezeld gaan.

De aanbesteder kan ook beslissen om meteen – *i.e.* na de ontvangst en de beoordeling van de eerste offertes – over te gaan tot de aanduiding van de voorkeursbieder, die op grond van de gunningcriteria de voordeligste offerte heeft ingediend en met wie finale onderhandelingen zullen worden gevoerd. De aanbesteder behoudt zich bovendien het recht voor om de opdracht onmiddellijk op basis van de eerste offertes te gunnen, d.w.z. zonder onderhandelingen (in welk geval de eerste offertes als definitieve offertes zullen gelden). Wanneer in dit bijzonder bestek naar onderhandelingen wordt verwezen, dienen deze verwijzingen dus onder dat voorbehoud te worden gelezen.

Gezien het recht waarover de aanbesteder krachtens de twee voorgaande alinea's beschikt, dienen de inschrijvers reeds alle vereiste en noodzakelijke elementen voor de uitvoering van de opdracht, m.i.v. van hun beste prijs, in hun eerste offerte op te nemen.

De aanbesteder behoudt zich het recht voor om de regelmatige inschrijvers die niet worden uitgenodigd om aan een volgende fase in de procedure deel te nemen, in de wachtkamer te plaatsen en hen in een latere fase alsnog voor deelname aan onderhandelingen en/of de indiening van één of meerdere tussentijdse offertes en/of een definitieve offerte uit te nodigen.”

In de samenvattende meetstaat zijn de volgende posten in deze zaak relevant:

|               |                                                                                           |     |
|---------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 58.2          | Multifunctionele kantelbare palen                                                         |     |
| 58.2.1.       | Multifunctionele kantelbare paal                                                          |     |
| 7 58.2.1.A.1  | Multifunctionele kantelbare (ondergrondse VH st bevestiging) 1 t/m 10 stuk/afroep         | 200 |
| 8 58.2.1.A.2  | Multifunctionele kantelbare paal (ondergrondse VH st bevestiging) - 11 t/m 20 stuk/afroep | 400 |
| 9 58.2.1.A.3  | Multifunctionele kantelbare paal (ondergrondse VH st bevestiging) - 21 t/m 30 stuk/afroep | 200 |
| 10 58.2.1.A.4 | Multifunctionele kantelbare paal (ondergrondse VH st bevestiging) - 31 t/m 40 stuk/afroep | 200 |
| 11 58.2.1.B.1 | Multifunctionele kantelbare paal (op prefab-platen) 1 t/m 10 stuk/afroep                  | 40  |
| 12 58.2.1.B.2 | Multifunctionele kantelbare paal (op prefab-platen) 11 t/m 20 stuk/afroep                 | 80  |
| 13 58.2.1.B.3 | Multifunctionele kantelbare paal (op prefab-platen) - 21 t/m 30 stuk/afroep               | 40  |
| 14 58.2.1.B.4 | Multifunctionele kantelbare paal (op prefab-platen) - 31 t/m 40 stuk/afroep               | 40  |
| 58.2.2.       | Uitrustingen op de paal - constructieve elementen voor technische uitrustingen            |     |

|    |            |                                                        |    |    |       |
|----|------------|--------------------------------------------------------|----|----|-------|
| 15 | 58.2.2.1.a | Uitrustingen op de paal voor: 1 Verlichtingstoestel    | VH | st | 300   |
| 16 | 58.2.2.1.b | Uitrustingen op de paal voor: 2 Verlichtingstoestellen | VH | st | 900   |
| 17 | 58.2.2.2   | Uitrustingen op de paal voor: Luidsprekers             | VH | st | 1.200 |
| 18 | 58.2.2.3   | Uitrustingen op de paal voor: Wifi-kastjes             | VH | st | 240   |
| 19 | 58.2.2.4   | Uitrustingen op de paal voor: Camera's                 | VH | st | 120   |
| 20 | 58.2.2.5   | Uitrustingen op de paal voor: Klokken                  | VH | st | 120   |
|    | 58.2.2.6   | Uitrustingen op de paal voor: Pictogrammen             | PM |    | -     |
| 21 | 58.2.3.1   | Plaatsing van de paal - standaard                      | VH | st | 55    |
| 22 | 58.2.3.2.a | Plaatsing van de paal - meerprijs hijskraan 40t        | TP | FF | 1     |
| 23 | 58.2.3.2.b | Plaatsing van de paal - meerprijs hijskraan 60t        | TP | FF | 1     |
| 24 | 58.2.3.2.c | Plaatsing van de paal - meerprijs hijskraan 80t        | TP | FF | 1     |

3.3. Vier inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, dienen binnen de gestelde termijn een offerte in.

Met een brief verstuurd via “public-procurement”, bezorgt de verwerende partij aan elk van de vier inschrijvers een uitnodiging om uiterlijk op 27 mei 2024 een “aangepaste offerte in te dienen die als finale offerte kan gelden”. Bij elk van de vier inschrijvers werden posten aangeduid waaromtrent de verwerende partij in het kader van het algemeen prijsonderzoek “schijnbaar abnormale prijzen vaststelde”.

De brief luidt als volgt:

“Op heden nodigt de NMBS uw onderneming uit om, uiterlijk op 27/05/2024 vóór 11u30, een aangepaste offerte in te dienen die als finale offerte kan gelden. De indiening van de aangepaste offerte dient via dit e-Procurement platform plaats te vinden.

Wij wensen u er ook op attent te maken dat de NMBS, in het kader van het algemeen prijsonderzoek waaraan zij uw initiële offerte overeenkomstig artikel 43 van het KB Plaatsing Speciale Sectoren heeft onderworpen, schijnbaar abnormale prijzen vaststelde. Het betrof meer bepaald de prijzen voor volgende posten:

[...]

In toepassing van artikel 44, § 1 KB Plaatsing Speciale Sectoren, is de NMBS op het moment dat zij in uw initiële offerte deze schijnbaar abnormale prijzen vaststelde nog niet tot een bijzonder prijsonderzoek (met een formeel verzoek tot prijsverantwoording) overgegaan. Indien de NMBS in uw aangepaste offerte wederom schijnbaar abnormale prijzen vaststelt, zou zij evenwel verplicht kunnen zijn om een bijzonder prijsonderzoek (met een formeel verzoek tot prijsverantwoording) uit te voeren. Dat zou meer bepaald het geval zijn indien de NMBS de aangepaste offerte als finale offerte beschouwt. Wij wensten u hierop te wijzen alvorens u de aangepaste offerte indient.

Wij danken u alvast voor de (tijdige) indiening van uw aangepaste offerte voor deze opdracht.”

3.4. Drie van de vier inschrijvers laten weten hun initiële offerte te handhaven. Enkel de nv D. past haar offerte aan en dient een offerte in met een hogere totaalprijs dan voorgesteld in de initiële offerte.

3.5. Met een brief van 30 mei 2024, opnieuw verzonden op 12 juni 2024, verzoekt de verwerende partij aan de tm bv E.- nv K., met toepassing van artikel 44 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 18 juni 2017), om “de nodige schriftelijke verantwoordingen over de samenstelling van de schijnbaar abnormale prijs van de volgende posten te willen verstrekken: [58.2.1.A.1 tot 58.2.1.A.4, 58.2.1.B.3 en 58.2.1.B.4, 58.2.2.1.a en 58.2.2.1.B, 58.2.2.2 tot 58.2.2.5]”. Zij benadrukt dat “de prijsverantwoording [geen] gelegenheid [vormt] om de prijs te wijzigen, in welke zin ook”.

De tm bv E.- nv K bezorgt deze prijsverantwoordingen met een brief van 16 juni 2024.

Met een brief van 24 juni 2024 ondervraagt de verwerende partij de tm bv E.- nv K. opnieuw, als volgt:

“U hebt ons een prijssamenstelling bezorgd en niet een prijsverantwoording, maar wij wensen toch te achterhalen waarop uw prijzen en andere gegevens gebaseerd zijn. Wij wensen te achterhalen hoe u aan deze gegevens komt.

Wij vragen u dan ook per rubriek aan te geven hoe u aan de opgegeven prijzen en uurlonen komt, waarop u de vermelde hoeveelheden (meters, kilo's, enz..) baseert.”

De tm bv E.- nv K. bezorgt een tweede prijsverantwoording met een brief van 3 juli 2024.

3.6. Op 2 september 2024 wordt de gunningsbeslissing genomen. Daarin zijn de volgende overwegingen in deze zaak relevant:

#### **“I.5 Technische analyse**

##### Regelmatigheid van de initiële offertes

De initiële offertes van alle inschrijvers worden op technisch vlak als regelmatig beschouwd.

##### Onderzoek van de prijzen – initiële offertes

De prijzen van de initiële offertes werden onderzocht.

De offertes van alle inschrijvers bevatten voor één of meerdere posten prijzen die schijnbaar hoog of laag worden beschouwd. Alle inschrijvers werden daarover geïnformeerd, maar er werd vooralsnog gekozen om aan alle inschrijvers, in het kader van onderhandelingen, de kans te geven om hun prijzen al dan niet te wijzigen in een aangepaste offerte.

##### Fouten of leemten gesignaleerd door de inschrijvers

Geen enkele inschrijver heeft in zijn offerte een fout en/of leemte gemeld.

#### **I.7. Rangschikking van de initiële offertes**

[...]

Op basis van deze initiële rangschikking werd er beslist om met alle inschrijvers te onderhandelen.

#### **I.8. Onderhandeling – 1° fase**

Op basis van artikel 43 van het KB Plaatsing werd een algemene prijsonderzoek gehouden. Er werd een analyse gemaakt van de offerteprijzen en deze werden vergeleken met de gemiddelde van de prijzen van de ingediende offertes. De vergelijking gebeurde op basis van een selectie van niet-verwaarloosbare posten met een minimum gewicht van 1,5% en waarvoor een substantiële afwijking werd vastgesteld.

Tijdens deze 1ste onderhandelingsfase wordt er aan de inschrijvers op 13/05/2024 via e-Procurement platform gevraagd om hun herziene offerte in te dienen ten laatste op 27/05/2024 vóór 11u30. Hierbij werd verwezen naar één of meerdere posten waarvoor de initiële offertes een opmerkelijke prijs vertoonden.

Al de 4 inschrijvers hebben binnen de gestelde termijn op dit verzoek gereageerd met als resultaat:

[...]

Enkel [de nv D.] paste de totale prijs van haar offerte aan. Bij de andere firma's bleef de totale prijs ongewijzigd.

### **I.9. Prijsverantwoording**

Op basis van artikelen 43 en 44 KB Plaatsing werd een bijkomend prijsonderzoek gevoerd op de offerte van inschrijver [de tm bv E.- nv K]. Er werd een selectie gemaakt van de posten die 98% van het totaal bedrag van haar offerte vertegenwoordigt.

Deze inschrijver werd op 30/05/2024 per aangetekende brief gevraagd om binnen twaalf kalenderdagen een prijsverantwoording in te dienen. Door een fout in het verzendingadres werd op 12/06/2024 een kopie van de aangetekende brief per email opnieuw verzonden. De vervaldatum voor indiening van de prijsverantwoording werd uitgesteld tot 17/06/2024 om 16u.

Inschrijver [de tm bv E.- nv K.] heeft binnen de gestelde termijn op dit verzoek gereageerd met de het indienen van een prijssamenstelling van de geselecteerde posten. Gezien het niet mogelijk was, op basis van de bezorgde informatie, te achterhalen waarop prijzen en andere gegevens gebaseerd zijn en om voldoende te kunnen achterhalen of er sprake is van regelmatige prijzen, werd beslist om inschrijver [de tm bv E.- nv K.] nogmaals te bevragen.

Bij aangetekend schrijven en email van 24/06/2024 werd aan deze inschrijver gevraagd om een prijsverantwoording (en niet een prijssamenstelling in enge zin) overeenkomstig artikel 44 KB Plaatsing Speciale Sectoren in te dienen. De uiterste indieningstermijn was 03/07/2024 om 12u. Deze uiterste termijn werd positief opgevolgd.

Immers, bij aangetekend schrijven en email van 03/07/2024 heeft inschrijver [de tm bv E.- nv K] een omstandige prijsverantwoording bezorgd.

De inschrijver verwijst, ter verantwoording van haar offerteprijzen, in eerste instantie naar het inzetten op doorgedreven expertise, veruitwendigd in:

- i zeer gespecialiseerd personeel en in de verhoogde productiviteit en efficiëntie en
- ii zoveel mogelijk in eigen beheer te verrichten.

Als kleine structuur bepaalt zij zich ook als bijzonder 'lean en mean' door alle onnodige extra kosten te schrappen en zo concurrentiële prijzen aan te bieden.

Verder verantwoordt deze inschrijver de lage prijzen door een totaalaanpak die de (totale) projectduur kan reduceren en zorgt ervoor dat productieprocessen niet of slechts gedeeltelijk moeten worden stilgelegd.

Ten slotte worden ook de onderstaande items aangebracht als argumenten in voordeel van lage prijzen:

- de gunstige afnameprijzen bij leveranciers om over een uitgebreide stock ten allen tijde te beschikken om (dringende) interventies uit te voeren;
- de ervaring met zeer gelijkaardige serieopdrachten, die gelijkaardig zijn aan onderhavige raamovereenkomst;
- de hoge graad van specialisatie van het personeel bereikt via opleidingen : bv. VCA, veiligheidsfuncties, EN1090 certificering (ervaren lasser);

- een machinepark volledig uitgerust met alle apparaten die onontbeerlijk zijn voor verspanning bij metaalconstructies, voor het lassen, alsook eigen bouwplaatsuitrusting;
- een eigen conserveringsatelier voor staalconstructie : straalinstallatie en industrieel natlak schilderkabine.

De prijssamenstelling die de inschrijver bij zijn prijsverantwoording heeft afgeleverd vertoont dat deze in alle details op een coherente manier werd bestudeerd. Bovendien blijkt hieruit dat de opgegeven eenheidsprijzen realistisch en marktconform zijn.

Op basis van de bovenstaande elementen en de daarin aangebrachte argumenten oordeelt de NMBS dat de aangeboden prijzen van inschrijver [de tm bv E.- nv K.] niet abnormaal zijn en dat we dus op dat gebied te maken hebben met een regelmatige offerte.

Na deze (onderhandelings)fase wordt op basis van de herziene offerte beslist om de opdracht te gunnen. Immers :

- De offertes zijn van die aard dat ze niet bijkomende verduidelijking dienen te worden;
- Varianten zijn niet toegelaten;

De prijs van de als eerste gerangschikte inschrijver is gunstig en de afwijking ten opzichte van de gemiddelde van alle offertes wordt verantwoord.

#### **I.10. Regelmatigheid van de finale offertes**

De finale offertes van alle betrokken inschrijvers werden beschouwd als regelmatig op technisch en administratief vlak en hun prijzen werden beschouwd als normaal.”

Er wordt bijgevolg beslist de opdracht toe te wijzen aan de tm bv E.- nv K., die de laagste en meest voordelige regelmatige inschrijving heeft ingediend, voor een bedrag 3.693.896,96, euro, btw niet inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing.

3.7. Een andere inschrijver, de nv P., diende tegen dezelfde gunningsbeslissing eveneens een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in. Die zaak is bij de Raad van State bekend onder het rolnummer A. 242.995/XIV-39.642 waarin heden eveneens uitspraak wordt gedaan.

#### *IV. Tussenkost*

4. De tm bv E.- nv K blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

#### *V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden*

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

#### *VI. Onderzoek van het enige middel*

##### *Uiteenzetting van het middel*

6. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016, artikel 123 van dezelfde wet *juncto* het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, artikel 153, 1° *juncto* 81, §§ 1 en 2, 1°, van dezelfde wet, de artikelen 83 en 84 van dezelfde wet *juncto* artikel 74, § 5, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 (en *juncto* artikel 01.4.4 van het bestek), artikel 44, inzonderheid §§ 3 en 4, van hetzelfde besluit “in samenhang met” de formele- en materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel, en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de wet van 29 juli 1991).

Het middel valt uiteen in twee onderdelen.

7. De verzoekende partij acht de aangehaalde bepalingen en beginselen geschonden, in een eerste onderdeel, doordat:

“[...] de inschrijvingsprijs van de initiële offerte van Belanghebbende Partij behept was met een abnormale totaalprijs of inschrijvingsprijs zoals bedoeld in artikel 44, §4 van het Koninklijk Besluit van 18 juni 2017, m.n. een afwijking van meer dan 15%, nl. 26,36 % van de gemiddelde prijs, zoals berekend met toepassing van artikel 44, § 4 van het Koninklijk Besluit van 18 juni 2017, en, bijgevolg, het voorwerp diende uit te maken van een prijs- en kostenbevraging overeenkomstig artikel 44, §§2 en 3 van het Koninklijk Besluit van 18 juni 2017; dat deze initiële offerte bijgevolg behept was met een vermoeden van substantiële onregelmatigheid;

Dat, met schending van artikel 74, §5 van het Koninklijk Besluit van 18 juni 2017 *juncto* artikel 01.4. van het Bestek, Verwerende Partij heeft nagelaten een kosten- en prijsbevraging uit te voeren conform artikel 44, §§ 2 en 3 van het Koninklijk Besluit van 18 juni 2017, doch Belanghebbende Partij, samen met de andere inschrijvers, heeft uitgenodigd om een tweede offerte of BAFO-offerte in te dienen waarbij klaarblijkelijk melding werd gemaakt van de eenheidsprijzen die als ‘opmerkelijk’ werden ervaren;

Terwijl, artikel 74, §5 van het Koninklijk Besluit van 18 juni 2017 *juncto* artikel 01.4.4 van het Bestek uitdrukkelijk voorzien dat enkel regelmatige offertes op basis van de gunningscriteria zullen worden beoordeeld en gerangschikt en bijgevolg tot de volgende fase van de plaatsingsprocedure zullen worden uitgenodigd;

Dat Belanghebbende Partij bijgevolg had moeten worden uitgenodigd om in toepassing van artikel 44, §§ 2 en 3 van het Koninklijk Besluit van 18 juni 2017 een prijsverantwoording aan Verwerende Partij over te maken op basis waarvan Verwerende Partij een beslissing had moeten nemen met betrekking tot de regelmatigheid van de initiële offerte van Belanghebbende Partij;

Dat door Belanghebbende Partij uit nodigen, als onderdeel van de onderhandelingen, om een BAFO-offerte in te dienen zonder de op haar rustende verplichtingen inzake het prijs- en kostenonderzoek te doorlopen overeenkomstig artikel 44, §§ 2 en 3 van het Koninklijk Besluit van 18 juni 2017, Verzoekende Partij voormelde bepalingen, artikel 74, §5 van het Koninklijk Besluit van 18 juni 2017 alsmede artikel 01.4.4. van het Bestek heeft geschonden, evenals artikel 4, eerste lid van de Wet van 17 juni 2016, en met name de inschrijvers op een ongelijke wijze en met schending van het transparantiebeginsel heeft behandeld;”

De verzoekende partij licht toe dat, niettegenstaande de totaalprijs van de initiële offerte van de tussenkomende partij, blijkens de gunningsbeslissing, meer dan 26 % afweek van het gemiddelde zoals berekend met toepassing van artikel 44, § 4 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017, en de

betrokken offerte bijgevolg behept was met een wettelijk vermoeden van abnormaliteit en dus met een substantiële onregelmatigheid, de verwerende partij op deze offerte geen prijzen- en kostenbevraging in de zin van artikel 44, §§ 2 en 3 van voornoemd besluit heeft uitgevoerd, doch wordt deze offerte, zonder voorafgaandelijke regularisatie, in de verdere plaatsingsprocedure behouden. Zij stelt dat de verwerende partij hierdoor bij het doorlopen van de plaatsingsprocedure artikel 74, § 5, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 *juncto* artikel 01.4.4 van het bestek heeft geschonden.

In zoverre de verwerende partij zou aanvoeren dat artikel 44, § 1, van voornoemd besluit voorziet dat een aanbestedende overheid de bevraging van inschrijvers kan uitstellen tot de laatst ingediende offerte, heeft zij in de voorliggende plaatsingsprocedure onbetwistbaar gebruik gemaakt van het recht voorzien in de laatste zinssnede van artikel 44, § 1, van dit besluit om de bevraging te verrichten “in een vroeger stadium”. Wanneer een aanbestedende overheid van dit recht gebruik maakt, dient zij de ter zake geldende bepalingen na te leven, waarbij artikel 44, § 4, voorziet dat “elke” offerte die een afwijking van meer dan 15% ten aanzien van het gemiddelde vertoont, aan een prijzen- en kostenbevraging moet worden onderworpen.

8. De verzoekende partij acht de aangehaalde bepalingen en beginselen geschonden, in een tweede onderdeel, doordat:

“[...] de totaalprijs of inschrijvingsprijs van de tweede offerte van Belanghebbende Partij of BAFO-offerte ook met een wettelijk vermoeden van abnormaliteit was behept conform artikel 44, § 4 van het Koninklijk Besluit van 18 juni 2017, m.n. een afwijking van meer dan 15%, nl. 26,80 %; Dat Verwerende Partij een prijsverantwoording aan Belanghebbende Partij heeft gevraagd waarna Verwerende Partij beslist heeft de offerte van Belanghebbende Partij als regelmatig te aanvaarden; overeenkomstig artikel 44, § 3, eerste lid 3°, van het Koninklijk Besluit van 18 juni 2017; Dat evenwel niet in een afdoende, draagkrachtige en deugdelijke materiële motivering wordt voorzien waaruit blijkt dat het wettelijk vermoeden van abnormaliteit van de totaalprijs door Belanghebbende Partij is weerlegd geworden;

Dat m.n. uit de prijsverantwoording zoals opgenomen in de Bestreden Beslissing volgende elementen kunnen worden afgeleid:

(i) Belanghebbende Partij beroept zich op algemeenheden en niet becijferde elementen die, enerzijds, op het eerste gezicht gelden voor alle inschrijvers en die, anderzijds, niet concreet aantonen dat Belanghebbende Partij met betrekking tot deze elementen over uitzonderlijke omstandigheden beschikt die tot gevolg hebben dat Belanghebbende Partij, in vergelijking met de andere inschrijvers, een zeer aanzienlijk gunstiger inschrijvingsprijs kon voorstellen;

(ii) de algemene verwijzing door Belanghebbende Partij naar andere uitgevoerde opdrachten en werven, zonder enige concrete toelichting of onderbouwing omtrent het hierdoor concreet verworven cijfermatig voordeel voor wat betreft de uitvoering van de Opdracht vormt evenmin een deugdelijk motief;

(iii) de loutere verwijzing naar prijzen van leveranciers of onderaannemers zonder dat hierbij de concrete bewijzen en cijfermatige stukken worden aangereikt, vormt volgens vaste rechtspraak van Uw Raad, geen afdoende motivering;

(iv) zonder afbreuk te doen aan de vertrouwelijkheid van bepaalde bedrijfseconomische gegevens, dient de motivering, vanuit het oogpunt van de rechten van verdediging van de niet-gekozen inschrijvers, voldoende elementen aan te reiken die, zeker in het licht van het substantieel afwijkend karakter wat betreft het drempelbedrag opgenomen in artikel 44, § 4 van het Koninklijk Besluit van 18 juni 2017, van aard zijn om het wettelijk abnormaal karakter van de betrokken totaalprijs te weerleggen, minstens aan de niet-gekozen inschrijvers de mogelijkheid verlenen om de juistheid en de pertinentie van de prijsverantwoordingen inhoudelijk te beoordelen; de in de Bestreden Beslissing opgenomen motivering voldoet niet aan deze vereisten; Dat, verder, van een aanbestedende overheid, zoals in casu Verwerende Partij, wordt verwacht dat zij, geconfronteerd met een wettelijk vermoeden van abnormaliteit wat betreft de totaalprijs van inschrijvers, gehouden was om de ontvangen prijsverantwoording van Belanghebbende Partij zorgvuldig te onderzoeken en te beoordelen wat Verwerende Partij kennelijk heeft nagelaten;

Dat, bijgevolg, de motivering inzake de prijsverantwoording, zoals opgenomen in de Bestreden Beslissing, vooreerst niet naar behoren zijn bewezen, minstens dat bij de beoordeling van de door Belanghebbende Partij verstrekte prijsverantwoordingen, Verwerende Partij op niet zorgvuldige wijze heeft gehandeld, wat blijkt uit de betrokken motivering;”

De verzoekende partij licht toe dat, naar aanleiding van de mogelijkheid verleend om een herziene offerte in te dienen uiterlijk op 27 mei 2024, zij haar offerteprijs heeft aangepast, klaarblijkelijk als enige inschrijver. Zij stelt dat het vermoeden van abnormaliteit wat de offerte van de tussenkomen

partij betreft niet enkel wordt bevestigd maar zelfs toeneemt, nu er een afwijking voorligt van 27,90 % op grond van de toepassing van artikel 44, § 4, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017. De verwerende partij heeft vervolgens een prijsverantwoording gevraagd aan de tussenkomende partij, doch deze doorstaat de toets van een zorgvuldige beoordeling met, aansluitend, deugdelijke en draagkrachtige motivering niet.

De verzoekende partij voert alsdan kritiek op vier motieven uit de bestreden beslissing, die volgens haar in geen geval kunnen overtuigen.

Wat het motief betreft “Inzet op doorgedreven expertise, veruitwendigd in: (i) zeer gespecialiseerd personeel en in de verhoogde productiviteit en efficiëntie en (ii) zoveel mogelijk in eigen beheer te verrichten”, en “Als kleine structuur bepaalt zij zich ook als bijzonder *lean en mean* door alle onnodige extra kosten te schrappen en zo concurrentiële prijzen aan te bieden”, stelt de verzoekende partij dat ook zij (net als alle andere inschrijvers) een gespecialiseerde onderneming is met een uitgebreide expertise die over gekwalificeerd en gespecialiseerd personeel beschikt. Het argument dat zoveel mogelijk in eigen beheer wordt verricht en dat er sprake zou zijn van een kleine structuur staat op gespannen voet met het feit dat de aanbidding is gebeurd onder de vorm van een (tijdelijke) maatschap, zijnde een samenwerkingsverband tussen twee ondernemingen. Hierbij blijkt niet dat het gaat om een geïntegreerd dan wel een niet-geïntegreerd samenwerkingsverband en al zeker niet dat het zou gaan om een “kleine structuur” die in staat zou zijn om onnodige extra kosten te schrappen en zogenaamd concurrentiële prijzen aan te bieden. Bovendien blijkt het eerste lid van de tijdelijke maatschap klaarblijkelijk geen personeelsleden te hebben, en blijken de gegevens inzake de personeelskosten van het tweede lid niet van die aard dat zij een verantwoording kunnen uitmaken voor het aanzienlijk prijsverschil, laat staan een rechtvaardiging vormen voor de met een wettelijk vermoeden van abnormaliteit behepte totaalprijs.

Wat het motief betreft dat de lage prijzen worden verantwoord door “een totaalaanpak die de (totale) projectduur kan reduceren en [ervoor zorgt] dat productieprocessen niet of slechts gedeeltelijke moeten worden stilgelegd”, stelt de verzoekende partij dat, aangezien de voorliggende opdracht een raamovereenkomst betreft, in het kader waarvan opeenvolgende opdrachten worden afgeroepen, het van speculatie getuigt om nu reeds het element van de uitvoeringstermijn mee te nemen bij het beoordelen van het al dan niet abnormaal karakter van de aangeboden totaalprijs. In artikel 01.10 van het bestek is immers voorzien dat, wat de specifieke opdrachten betreft, deze zullen moeten worden uitgevoerd op de elementen die zijn opgenomen in de aanvullende offerte voor de gunning van de opdracht, omvattende de uit te voeren werken, uitvoeringstermijn, uit te voeren hoeveelheden en prijs. Een abnormale totaalprijs kan bijgevolg niet worden verantwoord door te verwijzen naar de uitvoeringstermijnen die (zonder enige onderbouwing) zouden kunnen worden gereduceerd en productieprocessen die zouden kunnen worden geoptimaliseerd bij de uitvoering van toekomstige individuele opdrachten, minstens lijkt dit in te houden dat wordt gespeculeerd op de wijze waarop de individuele opdrachten in uitvoering van de raamovereenkomst zullen worden gegund, terwijl in het bestek uitdrukkelijk is bepaald dat er geen enkele verplichting in hoofde van de verwerende partij voorligt om opdrachten te gunnen voor de geraamde waarde zoals deze in artikel 00.2.3 van het bestek is vermeld.

Wat de vijf elementen betreft die de tussenkomende partij aanbrengt als argumenten in voordeel van lage prijzen, antwoordt de verzoekende partij dat deze, zelfs wanneer ze in detail zouden zijn onderbouwd, niet van aard zijn om het schijnbaar abnormaal karakter van de totaalprijs te weerleggen. Ook de verzoekende partij kan immers genieten van gunstige afnameprijzen bij haar leveranciers, en de loutere verwijzing naar prijzen van leveranciers of onderaannemers kan geen afdoende verantwoording vormen. Ook de verzoekende partij beschikt over een uitgebreide lijst van ervaring met gelijkaardige serieopdrachten zoals het voorwerp van de voorliggende opdracht. Ook het personeel van de verzoekende partij beschikt over een hoge graad van specialisatie

en over de vereisten wat de opleidingskwalificatie betreft. Ook het machinepark van de verzoekende partij is uitgerust met alle apparaten die onontbeerlijk zijn voor de uitvoering van de opdracht en ook de verzoekende partij beschikt over een eigen conserveringsatelier voor staalconstructie.

Wat ten slotte het motief betreft dat de prijssamenstelling die de tussenkomende partij bij haar prijsverantwoording heeft afgeleverd zou aantonen dat deze in alle details op een coherente manier werd bestudeerd en dat de opgegeven eenheidsprijzen realistisch en marktconform zijn, stelt de verzoekende partij dat dit motief voor het weerleggen van het wettelijk vermoeden van abnormaliteit van de totaalprijs in de offerte van de tussenkomende partij geen enkele relevantie heeft. Al evenmin kan uit een dergelijke prijssamenstelling worden afgeleid dat de eenheidsprijzen “realistisch en marktconform” zijn. De wezenlijke kernvraag is immers hoe kan worden verklaard dat een totaalprijs van een offerte die bijna 28% afwijkt van de gemiddelde prijs van de ingediende offertes, zoals berekend overeenkomstig artikel 44, § 4 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017, toch “normaal” is, en samengesteld uit eenheidsprijzen die toch “realistisch en marktconform” zijn.

De verzoekende partij besluit dat alle voornoemde motieven niet cijfermatig onderbouwd zijn en niet aantonen dat de tussenkomende partij over uitzonderlijke omstandigheden beschikt die tot gevolg hebben dat zij, in vergelijking met de drie andere inschrijvers, een dergelijke aanzienlijk meer gunstige totaalprijs kan voorstellen.

### *Beoordeling*

#### *Exceptie*

9. De tussenkomende partij werpt een exceptie van niet-ontvankelijkheid van het enige middel op. Zij betoogt dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar kritiek geformuleerd in de beide onderdelen.

Een onderzoek en een beoordeling van de door de tussenkomende partij aangevoerde exceptie van gebrek aan belang bij het middel is slechts noodzakelijk indien het middel ernstig zou worden bevonden, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

### *Vooraf*

10. Overeenkomstig artikel 84 van de wet van 17 juni 2016 voert de aanbestedende overheid een prijzen- of kostenonderzoek uit op de ingediende offertes, overeenkomstig de door de Koning te bepalen nadere regels.

Uit de artikelen 43 en 44 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 blijkt dat in de ‘speciale sectoren’, net zoals in de ‘klassieke sectoren’, twee onderscheiden fasen van het prijsonderzoek bestaan: het algemeen prijsonderzoek (artikel 43) en het bijzonder prijsonderzoek met een “prijzen- of kostenbevraging” (artikel 44).

Artikel 43 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 luidt:

“De aanbestedende entiteit onderwerpt de ingediende offertes aan een prijs-of kostenonderzoek. Daartoe kan de aanbestedende entiteit, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de wet, samen gelezen met artikel 153, 3°, van de wet, de inschrijvers verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken.”

Artikel 44, §§ 1 tot 4, van hetzelfde besluit luidt:

“§ 1. Indien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 43 blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, voert de aanbestedende entiteit een bevraging van deze laatste uit. Wanneer gebruik wordt gemaakt van [...] de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging [...], wordt de bevraging uitgevoerd op de laatst ingediende offertes. Dit belet niet

dat de aanbestedende entiteit deze bevraging reeds kan verrichten in een vroeger stadium van de procedure.

§ 2. Bij de prijzen- of kostenbevraging verzoekt de aanbestedende entiteit de inschrijver om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de abnormaal geachte prijs of kost te verstrekken binnen een termijn van twaalf dagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt. [...]

De verantwoording houdt met name verband met:

1° de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;

2° de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten;

3° de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;

4° het eventueel verkrijgen van een wettelijke overheidssteun door de inschrijver.

In het kader van de in het eerste lid bedoelde prijzen- of kostenbevraging verzoekt de aanbestedende entiteit de inschrijver om de schriftelijke verantwoordingen over te maken inzake de eerbiediging van de verplichtingen bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de wet, die van toepassing zijn in de domeinen van het sociaal, arbeids- en milieurecht, met inbegrip van de verplichtingen die van toepassing zijn op het vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid.

De aanbestedende entiteit is er echter niet toe gehouden om verantwoordingen te vragen voor prijzen voor verwaarloosbare posten.

Zo nodig ondervraagt de aanbestedende entiteit de inschrijver opnieuw. Dit gebeurt schriftelijk. In dit geval kan de termijn van twaalf dagen worden ingekort.

§ 3. De aanbestedende entiteit beoordeelt de ontvangen inlichtingen en:

1° stelt ofwel vast dat het bedrag van een of meer niet-verwaarloosbare posten een abnormaal karakter vertoont en weert de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;

2° ofwel, stelt vast dat het totale offertebedrag een abnormaal karakter vertoont en weert de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;

3° ofwel, motiveert in de gunningsbeslissing dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont.

[...]

In het kader van de beoordeling kan de aanbestedende entiteit ook rekening houden met inlichtingen die niet afkomstig zijn van de inschrijver. Deze gegevens worden voorgelegd aan de inschrijver teneinde hem de kans te geven hierop te reageren.

[...]

§ 4. Als bij een opdracht voor werken of voor een opdracht voor diensten in een fraudegevoelige sector, geplaatst bij openbare of niet-openbare

procedure, de economisch meest voordelige offerte enkel geëvalueerd wordt op basis van de prijs, en voor zover minstens vier offertes in aanmerking genomen werden overeenkomstig de derde en vierde leden, voert de aanbestedende entiteit een prijzen- of kostenbevraging uit overeenkomstig de paragrafen 2 en 3, voor elke offerte waarvan het totale offertebedrag minstens vijftien procent onder het gemiddelde bedrag van de door de inschrijvers ingediende offertes ligt. [...] [...]”

### *Eerste onderdeel*

11. Het enige middel vertrekt van het uitgangspunt dat de initiële offerte behept was met een “wettelijk vermoeden van abnormaliteit” in de zin van artikel 44, § 4, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017.

De Raad van State stelt evenwel vast dat deze bepaling enkel van toepassing is op een opdracht voor werken of een opdracht voor diensten in een fraudegevoelige sector “geplaatst bij openbare of niet-openbare procedure”, en bijgevolg niet op de voorliggende opdracht. Er lijkt te dezen bijgevolg geen sprake te zijn van een “wettelijk vermoeden van abnormaliteit”, of van een reeds vastgestelde substantiële onregelmatigheid die overeenkomstig artikel 74, § 5, van voornoemd besluit *juncto* artikel 01.4.4 van het bestek voorafgaandelijk diende te worden geregulariseerd alvorens in een volgend stadium van de procedure te worden toegelaten.

Wanneer in het kader van een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging, naar aanleiding van het algemene prijsonderzoek, schijnbaar abnormale prijzen worden vastgesteld in de initiële offerte, is de aanbestedende overheid overeenkomstig artikel 44, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ook niet verplicht om de inschrijvers reeds in dat stadium te bevragen. Deze bepaling stelt integendeel uitdrukkelijk dat de bevraging in dat geval wordt uitgevoerd op de laatst ingediende offerte. De zinssnede dat de aanbestedende overheid deze bevraging reeds “kan” verrichten in een vroeger stadium van de procedure,

bevestigt dat het onderzoek van abnormale prijzen door de aanbestedende overheid op elk moment van de gunningsprocedure kan plaatsvinden en dus ook pas na de onderhandelingsfase, wanneer de inschrijvers hun finale offertes hebben ingediend. Overigens, wanneer een aanbestedende overheid na beoordeling van de prijsverantwoording vaststelt dat het bedrag van een of meer niet-verwaarloosbare posten of het totale offertebedrag een abnormaal karakter vertoont, dient hij overeenkomstig artikel 44, § 3, eerste lid, 1° en 2°, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 de offerte te weren omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is. Dergelijke offertes kunnen met andere woorden niet meer worden geregulariseerd, aangezien dit zou neerkomen op het indienen van een nieuwe offerte.

12. Anders dan hoe de verzoekende partij het ziet, heeft de verwerende partij te dezen ook geen gebruik gemaakt van het recht om een bijzondere prijs- of kostenbevraging reeds in een vroeger stadium van de procedure te verrichten. Uit de brief waarbij de verwerende partij in een eerste fase de inschrijvers uitnodigt een aangepaste offerte in te dienen, blijkt uitdrukkelijk dat de verwerende partij in dat stadium enkel een algemeen prijsonderzoek heeft gevoerd. Dit wordt ook aldus gemotiveerd in de bestreden beslissing, onder punt I.8 ‘Onderhandeling – 1° fase’, met verwijzing naar artikel 43 van het koninklijk besluit van 18 juni 2024.

13. De verzoekende partij maakt, gelet op het voorgaande, op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid, door de initiële offerte van de tussenkomen partij mee te nemen naar de volgende fase, zonder eerst een bijzondere prijzen- of kostenbevraging te verrichten, artikel 74, § 5, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 *juncto* artikel 01.4.4 van het bestek zou hebben geschonden.

14. Het eerste onderdeel van het enige middel is niet ernstig.

## *Tweede onderdeel*

15. De aanbestedende overheid beschikt bij de toepassing van artikel 44, § 3, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 over een beoordelingsruimte om de gegeven prijsverantwoording al dan niet te aanvaarden. De Raad van State mag, gesteld voor de toetsing van een dergelijke beoordeling, 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 administratieve overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan binnen de perken van de redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen. Hierbij moet zij op zorgvuldige wijze haar beslissing voorbereiden, hetgeen impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld.

16. Zoals hoger gesteld (punt 11), is artikel 44, § 4, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 te dezen niet van toepassing, zodat geen sprake kan zijn van een wettelijk vermoeden van abnormale prijzen in de zin van die bepaling. Uit de bestreden beslissing blijkt dat op de eerste offertes een algemeen prijsonderzoek werd verricht en daarbij de offerteprijzen werden vergeleken met de gemiddelde van de prijzen van de ingediende offertes, “op basis van een selectie van niet-verwaarloosbare posten met een minimum gewicht van 1,5% en waarvoor een substantiële afwijking werd vastgesteld”; dat een bijzonder prijsonderzoek op de finale offerte van de tussenkomen partij werd gevoerd, waarbij een selectie werd gemaakt van “de posten die 98% van het totaal bedrag van haar offerte vertegenwoordigt”. Voorts dat, na de eerste prijsverantwoording bezorgd door de tussenkomen partij, werd beslist deze nogmaals te bevragen, “gezien het niet mogelijk was, op basis van de bezorgde informatie, te achterhalen waarop prijzen en andere gegevens gebaseerd zijn en om voldoende te kunnen achterhalen of er sprake is van regelmatige prijzen”.

Uit het dossier blijkt dat de verwerende partij, na ontvangst van de tweede prijsverantwoording, alle eenheidsprijzen en de totaalprijs uit de finale offerte van de verzoekende partij grondig heeft onderzocht. Dit blijkt uit stuk 11b ‘Cijfermatige analyse van de prijsverantwoording door de NMBS’, vertrouwelijk stuk dat de Raad van State heeft kunnen inzien, dat bestaat uit een tabel waarin alle eenheidsprijzen worden vergeleken met het gemiddelde van de ingediende offertes en met de geraamde eenheidsprijzen, alsook per inschrijver het gewicht van elke eenheidsprijs ten opzichte van de totaalprijs van de offerte. Uit stuk 11a ‘Schriftelijke analyse van de prijsverantwoording door de NMBS’, bestaande uit e-mailverkeer tussen diensten van de NMBS, blijkt dat een en ander ook intern werd geanalyseerd.

17. Dit alles vindt zijn neerslag in de formele motieven van de bestreden beslissing.

Voor zover de verzoekende partij stelt dat in de bestreden beslissing geen enkele verwijzing naar een concrete cijfermatige onderbouwing is gegeven, stelt de Raad van State vast dat de prijsverantwoording wel degelijk cijfermatig is onderbouwd. Uit de tweede prijsverantwoording, dat als vertrouwelijk stuk is neergelegd en dat de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt dat de tussenkommende partij vooreerst zeer uitvoerig algemene verantwoordingsgronden aanvoert om aan te tonen dat de aangeboden eenheidsprijzen objectief gerechtvaardigd en marktconform zijn, en nadien per post zeer omstandig een cijfermatige prijsverantwoording geeft voor de opgelijste eenheidsprijzen, met opgave van (materiaal)prijzen en uurlonen, met als bijlagen onder meer offertes van leveranciers, facturen, en gedetailleerde tabellen. De tussenkommende partij lijkt op het eerste gezicht terecht te stellen dat van een aanbestedende overheid niet kan worden verwacht die cijfermatige elementen, die te beschouwen zijn als vertrouwelijke informatie, in de bestreden beslissing op te nemen. Voorts lijkt het motief dat uit “[d]e prijssamenstelling die de inschrijver bij zijn prijsverantwoording heeft afgeleverd [...] blijkt dat de opgegeven

eenheidsprijzen realistisch en marktconform zijn”, precies op deze cijfermatige gegevens te doelen.

De verzoekende partij uit voorts kritiek op een aantal niet-cijfermatige motieven in de bestreden beslissing om de gegeven prijsverantwoording te aanvaarden. Zij kan op het eerste gezicht daarin niet worden bijgevalen, om de volgende redenen.

Het motief in de bestreden beslissing dat de tussenkomende partij een doorgedreven expertise bezit, waarbij de werken zo veel mogelijk in eigen beheer worden verricht, en een kleine structuur heeft, waardoor zij prijsvoordelen kan behalen, lijkt op het eerste gezicht een plausibel en onderscheidend prijsverantwoordingselement te vormen. De omstandigheid dat de tussenkomende partij een tijdelijke maatschap is, is daar op het eerste gezicht niet strijdig mee doch lijkt prijsoptimalisaties net mogelijk te maken. Voor zover de verzoekende partij in dit kader verwijst naar jaarrekeningen van de leden van de tijdelijke maatschap, beperkt zij zich tot een algemene verwijzing naar personeelskosten zonder concreet aan te duiden welke cijfers uit die jaarrekeningen relevant zouden zijn en welke gevolgen hieruit zouden moeten worden afgeleid.

Voorts lijkt ook het motief dat de tussenkomende partij oog heeft gehad voor de seriematige aanpak van het project, waardoor zij de projectduur kan reduceren, op het eerste gezicht een onderscheidend prijsverantwoordingselement te vormen. De tussenkomende partij zet in haar verzoekschrift tot tussenkomst de werkwijze zoals beschreven in de prijsverantwoording uiteen, waaruit blijkt dat zij kiest voor een geoptimaliseerd productieproces, door in een ruimere serie te produceren zonder of met beperkte stillegging waardoor kosten worden vermeden; dat zij daartoe over ruime opslagplaatsen beschikt. Door te kiezen voor een dergelijke totaalaanpak lijkt reductie van de duurtijd op het eerste gezicht wel mogelijk, ook al is sprake van een raamovereenkomst met afzonderlijke deelopdrachten.

Waar de verzoekende partij punctuele kritiek uit op de opgesomde elementen als “argumenten in voordeel van lage prijzen”, stelt zij in hoofdzaak dat deze elementen de tussenkomende partij niet zou onderscheiden van de verzoekende partij. Uit de bestreden beslissing blijkt dat de verwerende partij rekening heeft gehouden met (i) gunstige afnameprijzen bij leveranciers, (ii) ervaring met gelijkaardige serieopdrachten, (iii) de specialisatiegraad van het personeel, (iv) een uitgerust machinepark en (v) een eigen conserveringsatelier. Wat het motief van de gunstige afnameprijzen bij leveranciers betreft, haalt de verwerende partij in haar nota een passage uit de prijsverantwoording aan, waaruit blijkt dat de tussenkomende partij, doordat zij “steeds over een uitgebreide stock beschikt teneinde te allen tijde (dringende) interventies uit te voeren”, zij deze materialen zoals staal, roestvrijstaal en aluminium, die altijd op voorraad dienen te zijn, aan een zeer interessante prijs aankoopt. De tussenkomende partij dient aldus de nodige materialen niet steeds *ad hoc* te bestellen bij haar leveranciers, maar plaatst integendeel grotere bestellingen in bulk op een moment dat de grondstofprijzen gunstig staan. Wat het motief van de ervaring met gelijkaardige serieopdrachten betreft, blijkt uit de prijsverantwoording, zoals aangehaald in de nota van de verwerende partij, dat de tussenkomende partij een zeer concrete toelichting geeft over haar ervaring met eerder uitgevoerde en vergelijkbare serieopdrachten, met onder meer een verwijzing naar optimalisatie van het lasproces waardoor handmatige manipulaties aanzienlijk worden verminderd. Ook de elementen betreffende de specialisatiegraad van het personeel, een uitgerust machinepark en een eigen conserveringsatelier vinden steun in de prijsverantwoording.

Op zich lijken deze gegevens te kunnen volstaan voor het aanvaarden van de prijsverantwoording. De verwerende partij stelt op het eerste gezicht terecht dat zij niet diende aan te nemen dat al die elementen op dezelfde wijze gelden voor de andere inschrijvers.

De kritiek van de verzoekende partij ten slotte dat het motief dat de prijssamenstelling gevoegd bij de prijsverantwoording zou aantonen dat deze in alle details op een coherente manier werd bestudeerd en dat de opgegeven eenheidsprijzen realistisch en marktconform zijn, niet relevant zou zijn voor het weerleggen van het wettelijk vermoeden van abnormaliteit van de totaalprijs, vertrekt opnieuw, zoals hoger gesteld, van een verkeerd uitgangspunt. De verwerende partij merkt voorts terecht op dat het verschil tussen de totaalprijs in de offerte van de tussenkomende partij en de geraamde waarde niet meer dan 10% bedraagt. Uit voornoemd vertrouwelijk stuk 11b blijkt dat de totaal- en eenheidsprijzen van alle inschrijvers zeer uiteenlopend zijn, en de eenheidsprijzen in de offerte van de tussenkomende partij, wat de niet-verwaarloosbare posten (met als gehanteerd criterium 1,5%) betreft, niet meer dan 10% afwijkt van de geraamde eenheidsprijzen. De tussenkomende partij werpt bovendien op het eerste gezicht terecht op dat de stelling van de verzoekende partij, dat een offerte die meer dan 25 % afwijkt van de gemiddelde prijs hoe dan ook niet “normaal” kan zijn, ieder nut aan het bijzonder prijsonderzoek ontnemt, dat nochtans precies bedoeld is om na te gaan of schijnbaar abnormale prijzen ook daadwerkelijk abnormaal zijn.

18. Gelet op het voorgaande, lijkt de bestreden beslissing te berusten op voldoende veruitwendigde en in feite en in rechte draagkrachtige motieven, lijken die motieven na een zorgvuldig onderzoek van het dossier tot stand te zijn gekomen, en lijkt de verwerende partij de perken van haar beoordelingsruimte niet te buiten te zijn gegaan.

19. Het tweede onderdeel van het enige middel is niet ernstig.

## *VII. Besluit*

20. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

## **BESLISSING**

**1. Het verzoek tot tussenkomst wordt ingewilligd.**

**2. De Raad van State verwerpt de vordering.**

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

**De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 300 euro, elk voor de helft.**

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

Patricia De Somere,  
bijgestaan door

Joris Casneuf,

**De griffier**

**Joris Casneuf**

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

**De voorzitter**

**Patricia De Somere**