

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIV^e KAMER

A R R E S T

**nr. 261.082 van 17 oktober 2024
in de zaak A. 242.995/XIV-39.642**

In zake: de NV P.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Lore Derdeyn en Jeffrey Roegiers
kantoor houdende te 1000 Brussel
Havenlaan 86c, b113
bij wie woonplaats wordt gekozen

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, bus 1
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 18 september 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 2 september 2024, waarbij Verwerende partij besloot om de overheidsopdracht van werken ‘Raamovereenkomst: vervaardiging, levering en plaatsing van multifunctionele kantelbare palen’ te gunnen 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, 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.

Advocaten Lore Derdeyn en Jeffrey Roegiers, die verschijnen 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	VH	st		40
12	58.2.1.B.2	Multifunctionele kantelbare paal (op prefab-platen) 11 t/m 20 stuk/afroep	VH	st		80
13	58.2.1.B.3	Multifunctionele kantelbare paal (op prefab-platen) - 21 t/m 30 stuk/afroep	VH	st		40
14	58.2.1.B.4	Multifunctionele kantelbare paal (op prefab-platen) - 31 t/m 40 stuk/afroep	VH	st		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 tijdelijke maatschap (hierna: 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 augustus 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^o 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 lassers);
- 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 verduidelijkt 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 D., 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. 242.985/XIV-39.639 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’ (hierna: 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.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de artikelen 4 en 123 *juncto* artikel 146, § 1, van de wet van 17 juni 2016, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het “mededingingsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel, de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheids-beginsel en het zuinigheidsbeginsel”, 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).

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden,

“Doordat Verzoekende partij onder het voorwendsel van zogenaamde ‘abnormale prijzen’, één van de inschrijvers [de tm bv E. - nv K.] toelaat diens inschrijving en prijzen te duiden en te verdedigen, zonder deze zelfde mogelijkheid, en op grond van dezelfde informatie, aan de overige inschrijvers te verlenen;

Doordat Verwerende partij besloot om na de beoordeling van de eerste offertes over te gaan tot onderhandelingen en dit ook zo motiveert in de Bestreden beslissing;

Terwijl Verwerende partij niet in onderhandeling is getreden met Verzoekende partij;

Terwijl overige partijen wel in onderhandeling lijken te zijn getreden, mede gelet op de aangepaste offerte van de tweede gerangschikte inschrijver [de nv D.];

Terwijl elke inschrijver op gelijke voet moet worden behandeld in het kader van het gelijkheidsbeginsel en een afdoende mededinging moet worden gewaarborgd tijdens elke fase van een onderhandelingsprocedure;

Terwijl enkel afgezien kan worden van onderhandelingen voor zover dit objectief verantwoord is;

Terwijl de formele en materiële motiveringsverplichting inhoudt dat een gunningsbeslissing in rechte en in feite correct moet zijn;”

7. De verzoekende partij licht toe dat de “zogenaamde uitnodiging tot onderhandeling” louter een vraag inhield met betrekking tot een schijnbaar abnormale prijs. Er is in die brief geen sprake van een “uitnodiging tot onderhandeling” terwijl dit wel alzo wordt gemotiveerd in de bestreden beslissing. Gelet op het ontbreken van enig verzoek tot onderhandeling en de loutere vraag met betrekking tot een schijnbaar abnormale prijs heeft de verzoekende partij “enkel haar prijs verantwoord” in een brief van 24 mei 2024. Zij was immers van oordeel dat alsnog in onderhandeling zou worden getreden over specifieke details en voorwaarden van het offertevoorstel.

Hiermee schendt de verwerende partij enerzijds het *patere legem*-beginsel, aangezien zij in artikel 01.4.5 van het bestek aangaf in onderhandeling te zullen treden hetzij mondeling, hetzij schriftelijk, met het oog op een verbetering van de offertes, en anderzijds het formele- en materiële motiveringsbeginsel, aangezien de verwerende partij in de bestreden beslissing foutief aangeeft in onderhandeling te zijn getreden met alle inschrijvers. In het bijzonder lijkt in grotere mate onderhandelingen te zijn gevoerd met de eerste en tweede gerangschikte inschrijvers, nu alleszins met de tweede gerangschikte inschrijver een nieuwe offerte werd onderhandeld. Bovendien blijkt uit punt I.9 van de bestreden beslissing dat ook na de onderhandelingsfase intensief is gecommuniceerd met de eerste gerangschikte inschrijver, waar deze tot drie- of viermaal toe werd toegelaten om diens offerte te verduidelijken en te verdedigen. Dergelijke kansen en onderhandelingsmomenten, die in het licht van een onderhandelingsfase moeten worden geboden aan elke inschrijver, werden op geen

enkel moment geboden aan de verzoekende partij. Hierdoor is het gelijkheids-, transparantie- en mededingingsbeginsel geschonden.

Beoordeling

8. De tussenkomende partij werpt een exceptie van niet-ontvankelijkheid van het middel op. Zij betoogt dat het middel, dat kritiek uit op de organisatie van de gunningsprocedure, laattijdig is en dat de verzoekende partij evenmin doet blijken van het vereiste belang bij het middel.

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.

9. De opdracht wordt gegund middels een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging in de zin van artikel 123 van de wet van 17 juni 2016.

Een onderhandelingsprocedure wordt gekenmerkt door haar flexibel kader waarbinnen de verwerende partij met de inschrijvers mag onderhandelen en een grotere vrijheid heeft om de procedure in te richten en te doorlopen. Dit belet niet dat bij het organiseren van de onderhandelingsprocedure de verwerende partij wel het transparantiebeginsel en de gelijke behandeling van de kandidaten dient te vrijwaren. Daarnaast is de verwerende partij op grond van het *patere legem*-beginsel er tevens toe gehouden om de regels die ze in haar eigen bestek heeft opgelegd te eerbiedigen.

10. Uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij alle vier inschrijvers heeft uitgenodigd om uiterlijk op 27 mei 2024 “een aangepaste offerte in te dienen die als finale offerte kan gelden”. Wanneer aan inschrijvers een

aangepaste offerte wordt gevraagd, zoals te dezen, lijkt op het eerste gezicht sprake van een onderhandeling.

Uit de omstandigheid dat de inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, in de betrokken uitnodiging worden gewezen op de aanwezigheid van een schijnbaar abnormale prijs voor nader benoemde posten, kan niet worden afgeleid dat deze uitnodiging een “loutere vraag met betrekking tot een schijnbaar abnormale prijs” zou betreffen en niet een uitnodiging om de initiële offerte te optimaliseren. Uit de bewoordingen “een aangepaste offerte in te dienen die als finale offerte kan gelden” blijkt alvast het tegendeel. Er lijkt dan ook geen sprake van, zoals de verzoekende partij betoogt, “een verzoek tot prijsverantwoording onder het mom van een onderhandelingsfase”.

Overigens dienen, overeenkomstig de voornoemde bestekbepaling, de inschrijvers reeds alle vereiste en noodzakelijke elementen voor de uitvoering van de opdracht, met inbegrip van hun beste prijs, in hun eerste offerte op te nemen, gelet de mogelijkheid die de aanbestedende overheid zich heeft voorbehouden om meteen een voorkeursbieder aan te duiden of zelfs geen onderhandelingen te voeren en de opdracht te gunnen op basis van de initiële offertes. De verzoekende partij mocht bijgevolg op het eerste gezicht niet verwachten dat “alsnog in onderhandeling zou worden getreden over specifieke details en voorwaarden van het offertevoorstel”.

11. Het blijkt op het eerste gezicht dan ook niet dat de verwerende partij gehandeld zou hebben in strijd met artikel 01.4.5 van het bestek inzake het verloop van de onderhandelingsprocedure. Voorts lijkt bijgevolg in de bestreden gunningsbeslissing op het eerste gezicht terecht te worden gesteld, na rangschikking van de initiële offertes, dat tijdens een eerste “onderhandelingsfase” aan de inschrijvers werd gevraagd om hun herziene offerte in te dienen.

12. Voor zover de verzoekende partij aangeeft dat met andere inschrijvers en alleszins met de tweede gerangschikte inschrijver “in grotere mate” is onderhandeld, vindt deze bewering geen steun in het dossier. Dit lijkt op het

eerste gezicht niet te kunnen worden afgeleid uit de enkele omstandigheid dat deze inschrijver als enige een aangepaste offerte heeft ingediend (overigens met een hogere totaalprijs dan voorgesteld in de initiële offerte).

Voor zover de verzoekende partij nog aanvoert dat blijkens punt I.9 van de bestreden beslissing ook na de onderhandelingsfase nog intensief is onderhandeld met de eerste gerangschikte inschrijver, terwijl dergelijke kansen en onderhandelingsmomenten niet aan de verzoekende partij werden geboden, kan zij niet worden bijgevalen. Een (herhaalde) vraag tot prijsverantwoording werd aan de tussenkomen de partij gericht, pas na het verstrijken van de indieningstermijn om finale offertes in te dienen, en nadat de offertes van alle inschrijvers werden gerangschikt. In die fase is geen sprake meer van onderhandelingen, maar van een bijzonder prijsonderzoek op de offerte van de eerst gerangschikte inschrijver, in welke context geen prijsaanpassingen meer mogelijk zijn.

13. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

14. In het tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 84 van de wet van 17 juni 2016, de artikelen 4, 5 en 29 van de wet van 17 juni 2013, de artikelen 42 tot 44 en 74 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017, en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, de formele- en materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het zuinigheidsbeginsel en het beginsel *patere legem*.

Het middel valt uiteen in twee onderdelen.

15. De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden, in een eerste onderdeel,

“Doordat Verwerende partij de opdracht heeft gegund aan inschrijver van [de tm bv E. - nv K.] nu deze inschrijver de economisch meest voordelige offerte zou hebben ingediend;

Dat de offerte van deze inschrijver door verwerende partij als regelmatig is beschouwd tijdens de eerste offertefase;

Dat uit de Bestreden beslissing blijkt dat de totale offerteprijs van [de tm bv E.- nv K.] reeds tijdens de eerste offertefase met ca 25% afweek van de gemiddelde totale offerteprijs en ca 30% van de prijs van Verzoekende partij die deze opdracht al jarenlang uitvoert aan concurrentiële prijzen;

Dat uit de Bestreden beslissing blijkt dat de totale offerteprijs van de tweede gerangschikte inschrijver ook substantieel afwijkt van de gemiddelde totale offerteprijs ten belope van meer dan 12% van de gemiddelde totale offerteprijs;

Dat Verwerende partij ervoor heeft geopteerd om het prijs- en kostenonderzoek reeds toe te passen op de eerste offertes, maar dit manifest onzorgvuldig heeft uitgevoerd aangezien de schijnbare abnormaliteiten van de inschrijver [de tm E.- nv K.] niet reeds afdoende werden verantwoord gedurende deze eerste fase en de offerte van de [de tm bv E.- nv K.] alsnog werd meegenomen naar een finale fase;

Dat aan inschrijver [de tm bv E.- nv K.] klaarblijkelijk, nadat deze inschrijver geen afdoende verantwoording heeft verstrekt gedurende de eerste offertefase, alsnog nadien intensieve gesprekken werden gegund en daarbij – tot driemaal toe – om een prijsverantwoording is gevraagd en;

Dat niet in een afdoende motivering wordt voorzien waaruit blijkt waarom de duidelijk zichtbare abnormaal lage totaalprijs inschrijver [de tm bv E.- nv K.] alsnog en zonder verder concrete afdoende motivering mocht worden aanvaard en mocht worden meegenomen naar een volgende offertefase;

Terwijl Verwerende partij ertoe gehouden was een zorgvuldig prijsonderzoek, ook tijdens de eerste offertefase, te voeren – nu zij opteerde om dit op te starten in ‘een vroeger stadium’;

Terwijl Verwerende partij wel met de tweede gerangschikte inschrijver, [de nv D.], een nieuwe offerte heeft onderhandeld;

Dat Verwerende partij de zeer lage prijs van inschrijver [de tm bv E.- nv K.] niet zomaar mocht aanvaarden en om een afdoende prijsverantwoording moest verzoeken, reeds tijdens de eerste offertefase;

Dat Verwerende partij haar beslissing tot gunning van de opdracht aan inschrijver [de tm bv E.- nv K.] behoorlijk en afdoende motiveren diende te motiveren waarbij in deze dan specifiek gemotiveerd moest worden waarom de reeds op het eerste zicht zeer lage prijs van inschrijver [de tm bv E.- nv K.] alsnog en zonder meer mocht worden aanvaard;

Terwijl dit des te meer geldt wanneer zeer aanzienlijke prijsverschillen worden vastgesteld;

Dat het derhalve niet vaststaat dat de opdracht is gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige en regelmatige offerte;”

De verzoekende partij licht toe dat de aanbestedende overheid verplicht is, ongeacht de fase waarin de onderhandelingsprocedure zich bevindt, een bevraging van de inschrijver te laten plaatsvinden en een prijsverantwoording

te vragen, van zodra zij abnormaal lage of hoge eenheidsprijzen vaststelt na een onderzoek. De aanbesteder beschikt dienaangaande over geen enkele beoordelingsvrijheid. Zij wijst erop dat, overeenkomstig artikel 44, § 1, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017, het niettemin is toegelaten om in deze procedure de bevraging pas te verrichten op basis van de laatst ingediende offertes, maar dit niet belet dat de aanbestedende entiteit deze bevraging reeds in een eerder stadium van de procedure kan verrichten. Wanneer een aanbesteder alsnog opteert om deze bevraging in de eerste offertefase reeds aan te vatten, zoals te dezen, dan dient zij dit zorgvuldig te doen en met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel. Bijgevolg, wanneer een aanbestedende overheid tijdens een prijs- en kostenonderzoek in de eerste offertefase schijnbaar abnormale prijzen vaststelt, kan zij enkel een offerte behept met schijnbare abnormaliteiten meenemen naar een volgende fase als een afdoende verantwoording werd verstrekt. Het opstarten van dit prijs- en kostenonderzoek op de eerste offertes vormt tevens een verplichting overeenkomstig artikel 01.4.4 van het bestek.

Volgens de verzoekende partij is dit te dezen niet gebeurd. De verwerende partij erkent in de eerste offertefase dat er sprake is van schijnbare abnormaliteiten, zoals ook wordt bevestigd in de bestreden beslissing. Zij heeft de inschrijvers over die schijnbaar abnormale prijzen geïnformeerd, waarop de verzoekende partij haar schijnbaar abnormale eenheidsprijs omstandig heeft verantwoord. De verwerende partij lijkt evenwel in deze eerste offertefase geen (afdoende) verantwoording te hebben ontvangen van de tussenkomen partij. Zij werd die kans dan wel nadien meermaals geboden, terwijl dergelijke kansen tot toelichting van haar offerte niet werd geboden aan de verzoekende partij. De verwerende partij erkent met andere woorden het prijs- en kostenonderzoek in de eerste fase onzorgvuldig te hebben uitgevoerd en een ongeldige offerte te hebben meegenomen naar een tweede fase, nu zelfs tijdens de finale fase nog drie verantwoordingsrondes nodig waren om een rechtvaardiging te ontvangen. Artikel 74, § 5, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 bepaalt nochtans dat een offerte enkel kan worden toegelaten in een volgende fase van een plaatsingsprocedure als deze voorafgaandelijk kan worden geregulariseerd, wat niet is gebeurd.

De verzoekende partij verwijst voorts nog naar artikel 44, § 4, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017, luidens hetwelk elke offerte waarvan het totale offertebedrag minstens vijftien procent onder het gemiddelde bedrag van de door de inschrijvers ingediende offertes ligt, aan een zorgvuldige en omstandige prijzen- en kostenbevraging moet worden onderworpen, ook wanneer wordt geopteerd voor een onderzoek tijdens een “vroeger stadium” overeenkomstig artikel 44, § 1, van hetzelfde besluit. Alleszins wordt niet gemotiveerd waarom de eerste offerte van de tussenkomende partij, en deze van de overige inschrijvers, alsnog in aanmerking kon komen voor een navolgende offertefase, nu deze manifest onregelmatig bleef na het eerste prijs- en kostenonderzoek.

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

“Doordat Verwerende partij de opdracht heeft gegund aan inschrijver [de tm bv E. - nv K.] nu deze inschrijver de economisch meest voordelige offerte zou hebben ingediend;

Dat de offerte van deze inschrijver door verwerende partij als regelmatig is beschouwd;

Dat uit de Bestreden beslissing blijkt dat de finale totale offerteprijs van [de tm bv E. - nv K.] met ca 25% afweek van de gemiddelde totale offerteprijs en ca 30% van de prijs van Verzoekende partij die deze opdracht al jarenlang uitvoert aan concurrentiële prijzen;

Dat uit de Bestreden beslissing blijkt dat de totale offerteprijs van de tweede gerangschikte inschrijver ook substantieel afwijkt van de gemiddelde totale offerteprijs, minstens dat deze ook schijnbaar abnormale prijzen bevat;

Dat aan inschrijver [de tm bv E. - nv K.] klaarblijkelijk, nadat deze inschrijver geen afdoende verantwoording heeft verstrekt gedurende de eerste offertefase, alsnog nadien intensieve gesprekken werden gegund en daarbij – tot driemaal toe – om een prijsverantwoording is gevraagd en;

Dat klaarblijkelijk hierdoor geen afdoende prijs- en kostenonderzoek werd uitgevoerd op de tweede gerangschikte inschrijver, aangezien de Verwerende partij zich enkel heeft gericht op de goedkoopste inschrijving, waardoor niet kan worden aangenomen dat er geen abnormale prijzen meer zijn in de offerte van [de nv D.];

Dat Verwerende partij de zeer algemene (en niet onderscheidende t.a.v. de overige inschrijvers) prijsverantwoording heeft aanvaard, en zo de zeer lage offerteprijs zonder meer en zonder verder afdoende onderzoek heeft aanvaard;

Dat niet in een afdoende motivering wordt voorzien waaruit blijkt waarom de duidelijk zichtbare abnormaal lage totaalprijs inschrijver [de tm bv E. - nv K.] alsnog en zonder verder concrete afdoende motivering mocht worden aanvaard;

Terwijl Verwerende partij ertoe gehouden was een zorgvuldig prijsonderzoek te voeren op basis van concrete, cijfermatige en boekhoudkundige gegevens en zich niet mag baseren op vaagheden en algemeenheden;”

Zij licht toe dat “ook de tweede verantwoordingsronde” is behept met een manifeste onzorgvuldigheid en de verstrekte verantwoording (minstens de motivering daartoe) kan onmogelijk als afdoende worden beschouwd. Deze prijsverantwoording is immers te algemeen en op geen enkel gebied onderscheidend ten opzichte van de overige inschrijvers. Prijsverantwoordingen die algemeen of nietszeggend zijn en waarbij prijzen of kosten niet door middel van cijferelementen of becijferbare gegevens concreet worden gerechtvaardigd, zoals te dezen, mogen niet worden aanvaard. Dat de tussenkommende partij de verzoeken tot verantwoording nooit afdoende heeft beantwoord kan overigens worden afgeleid uit het gegeven dat er maar liefst tot viermaal toe een nieuw prijsonderzoek werd opgestart, in weerwil van het gelijkheidsbeginsel ten overstaan van de overige inschrijvers, die dergelijke kansen tot verduidelijking of verdediging nooit hebben gekregen.

De verzoekende partij voert alsdan kritiek op vier motieven uit de bestreden beslissing, die volgens haar in geen geval kunnen overtuigen en de toets van enige zorgvuldigheid of onderscheidend vermogen niet doorstaan, noch is sprake van een concrete / cijfermatige beoordeling.

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 de verwijzing naar *lean en mean*, in geen geval concreet, becijferd of onderscheidend is, en bovendien feitelijk incorrect. De

verzoekende partij stelt dat zijzelf moet worden aanzien als de meest gespecialiseerde onderneming voor deze opdracht, aangezien zij al meer dan 15 jaar werkzaam is voor de verwerende partij voor deze opdracht. Daarnaast stoken de termen *lean en mean* en “een kleine structuur” niet met het gegeven dat deze inschrijver een offerte aanbiedt onder de vorm van een tijdelijke maatschap, en het betreft dus niet één onderneming met een jarenlange ervaring in diensten of werken gelijkaardig (minstens identiek) aan deze in de opdracht. De websites van de deelgenoten van de tijdelijke maatschap maken geen melding van werken inzake pylonen, palen of multifunctionele palen zoals deze beschreven in het bestek. Voorts is onduidelijk hoe of welke “onnodige kosten” zouden kunnen worden geschrapt bij deze bedrijven. Deze term is zeer vaag en algemeen en doorstaat de toets niet van een omstandige, concrete en op cijfermatige gegevens gebaseerde motivering. Ook de jaarrekeningen van de deelgenoten lijken niet onderscheidend ten aanzien van deze van de verzoekende partij, waaruit dergelijke lage prijzen kunnen voortspruiten; deze lijken in elk geval niet te zijn onderzocht door de verwerende partij, noch enige andere boekhoudkundige gegevens.

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”, benadrukt de verzoekende partij dat de opdracht te dezen een raamovereenkomst vormt ten belope van vier jaar, en het bijgevolg onduidelijk is hoe de (totale) projectduur zou kunnen worden gereduceerd. Dit is immers geen opdracht met als gunningscriterium duurtijd, nu deze raamovereenkomst opdrachten voorziet op afroep. Tevens, voor zover betrekking op afzonderlijke opdrachten, verzandt deze verantwoording opnieuw in vaagheden en algemeenheden. De vraag rijst wat de “totaalaanpak” inhoudt en hoe deze dergelijke lage prijzen kan veroorzaken. Een concrete cijfermatige onderbouwing ontbreekt opnieuw.

Wat de vijf elementen betreft die de tussenkomende partij aanbrengt als argumenten in voordeel van lage prijzen, antwoordt de verzoekende partij, in wezen, dat zij die ook heeft en deze elementen bijgevolg geen

onderscheidende prijsverantwoordingselementen kunnen uitmaken. Ook zij kan genieten van gunstige afnameprijzen bij haar leverancier. Ook zij heeft jarenlange ervaring met het leveren van palen aan de verwerende partij en zij heeft goede zakenrelaties opgebouwd met talloze leveranciers die gunstige afnameprijzen kunnen voorzien. Zij maakt overigens deel uit van de H2O groep, waardoor zij een grote afnemer is samen met de andere staal(verwerkende) bedrijven en hierdoor kan zij genieten van zeer gunstige tarieven. In elk geval is de prijs vooral afhankelijk van de staalprijzen die afhankelijk zijn van schommelingen op de (grondstoffen)markt, en niet gecorreleerd aan de prijzen die kunnen worden bekomen bij één of meerdere leveranciers. Minstens kan dit niet de substantiële afwijking verantwoorden van de totaalprijs in de offerte van de tussenkomende partij ten opzichte van de gemiddelde totaalprijzen verantwoorden. Overeenkomstig vaste rechtspraak van de Raad van State is de loutere verwijzing naar prijzen van leveranciers of onderaannemers geen afdoende verantwoording, net zomin als de verwijzing naar vorige opdrachten of werven zonder enige concrete toelichting. Ook de verzoekende partij beschikt over een uitgebreide ervaring van gelijkaardige serieopdrachten (*nota bene* met de verwerende partij). Evident is ook het personeel van de verzoekende partij hoogst gespecialiseerd in deze materie en beschikt ook zij over de vereisten wat de opleidingskwalificaties betreft. Ook zij beschikt over een uitgerust machinepark en over een eigen conserveringsatelier. Overigens blijken de websites van de deelgenoten van de eerste gerangschikte inschrijver hiervan geen melding te maken. Een concrete cijfermatige of onderscheidende onderbouwing ontbreekt opnieuw en kan niet op een deugdelijke wijze de abnormale prijzen verantwoorden.

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 deze verantwoording opnieuw uiterst vaag en algemeen is, en er geen enkele verwijzing naar een concrete cijfermatige onderbouwing is gegeven. De voorgestelde eenheidsprijzen kunnen onmogelijk marktconform zijn, nu deze meer

dan 25% afwijken van deze van de grootste spelers in deze markt. Deze prijzen (in een fraudegevoelige sector) worden in overheersende mate beïnvloed door de (grondstoffen)markt, staalmarkt en arbeidsmarkt, waarbij op geen enkele wijze wordt verantwoord hoe de tussenkomenende partij onder de marges van de markt kan werken. Een afwijking van meer dan een kwart kan onmogelijk als realistisch of marktconform worden aangemerkt.

Beoordeling

Exceptie

17. De tussenkomenende partij werpt een exceptie van niet-ontvankelijkheid van het tweede 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 verwerende 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

18. 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

19. Voor zover het eerste onderdeel van het tweede middel uitgaat van de vaststelling dat de verwerende partij daadwerkelijk een bijzonder prijsonderzoek zou hebben verricht op de initiële offerte van de tussenkommende partij, faalt het in feite.

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.

20. 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.

Een verplichting om een bijzondere prijzen- of kostenbevraging uit te voeren op de eerste offertes lijkt evenmin te kunnen worden afgeleid uit artikel 44, § 4, van hetzelfde besluit, alleen al omdat 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”.

21. Voor zover de verzoekende partij een schending aanvoert van artikel 74, § 5, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017, samen gelezen met artikel 01.4.4 van het bestek, lijkt zij op het eerste gezicht het onderscheid te miskennen tussen de algemene bepalingen van artikel 74, §§ 1 tot 5, van dit besluit die van toepassing zijn op het regelmatigheidsonderzoek in het algemeen, en de meer specifieke bepalingen in de artikelen 43 en 44 van hetzelfde besluit, die van toepassing zijn op het prijs- of kostenonderzoek in het bijzonder.

Zolang de verwerende partij de tussenkomende partij betreffende haar prijzen in de eerste offerte niet heeft bevraagd, wat zij overeenkomstig artikel 44, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 in dat stadium van de procedure niet verplicht was te doen, lijkt er geen

sprake te kunnen zijn van een substantiële onregelmatigheid in de eerste offerte die tot nietigverklaring of regularisatie aanleiding zou moeten geven. 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 is behept. Dergelijke offertes kunnen met andere woorden niet meer worden geregulariseerd.

Wanneer in artikel 01.4.4 van het bestek wordt gesteld dat de aanbestedende overheid “vooreerst, de regelmatigheid van de ingediende eerste offertes [zal] onderzoeken” (eerste lid) en zich het recht voorbehoudt om een substantieel onregelmatige offerte hetzij nietig te verklaren, hetzij te laten regulariseren (tweede lid), met in een voetnoot de verwijzing naar artikel 74, § 5, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017, lijkt dit verplicht regelmatigheidsonderzoek bijgevolg op het eerste gezicht te slaan op andere onregelmatigheden dan een (schijnbaar) abnormale prijs. Dit lijkt overigens te worden bevestigd door de daaropvolgende zin dat “in het kader van het regelmatigheidsonderzoek tevens een prijsonderzoek zal worden uitgevoerd” (derde lid). Aangezien in een voetnoot 10 bij deze zin wordt verwezen naar artikel 43 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017, wordt hier enkel het algemeen prijsonderzoek bedoeld. Voor zover *in fine* van artikel 01.4.4 van het bestek wordt gesteld dat alleen “de regelmatige (desgevallend geregulariseerde) offertes” op basis van de gunningscriteria zullen worden beoordeeld en gerangschikt, lijkt dit dan weer te slaan op andere onregelmatigheden dan een (schijnbaar) abnormale prijs.

Uit artikel 01.4.4 van het bestek lijkt bijgevolg op het eerste gezicht niet (impliciet) te moeten worden afgeleid dat de verwerende partij zichzelf in het bestek de verplichting zou hebben opgelegd om al een bijzonder prijsonderzoek op de eerste offertes te verrichten, en dus “in een vroeger stadium

van de procedure” in de zin van artikel 44, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017, verplichting die zij te dezen dan zou hebben geschonden.

22. Er bestaat bijgevolg, in het kader van een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging, zoals te dezen, geen wettelijke verplichting om een prijs- of kostenbevraging uit te voeren op de initiële offerte, en uit de betreffende bestekbepaling kan een dergelijke verplichting evenmin worden afgeleid.

Voor zover het eerste onderdeel van tweede middel uitgaat van het tegendeel, faalt het in rechte.

23. De verzoekende partij maakt, gelet op het voorgaande, op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid, door de initiële offerte van de tussenkomende partij mee te nemen naar de volgende fase, zonder eerst een bijzondere prijzen- of kostenbevraging te verrichten, de aangevoerde regelgeving en beginselen zou hebben geschonden.

24. Het eerste onderdeel van het tweede middel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

25. 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 aanbestedende 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.

26. Zoals hoger gesteld (punt 20), 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 tussenkomende 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 tussenkomende 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.

27. 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, die als betrouwbaar stuk is neergelegd en dat de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt dat de tussenkomen 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 tussenkomen 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 duiden.

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 tussenkomen 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 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 de eenheidsprijzen in de offerte van de tussenkomende partij onmogelijk marktconform kunnen zijn, nu deze meer dan 25 % afwijken van deze van de overige inschrijvers, kan op het eerste gezicht ook niet worden bijgevalen. De verwerende partij merkt 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 marktconform kan zijn, ieder nut aan het bijzonder prijsonderzoek zou ontnemen, dat precies bedoeld is om na te gaan of schijnbaar abnormale prijzen ook daadwerkelijk abnormaal zijn.

28. 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.

29. Voor zover de verzoekende partij in dit onderdeel van het middel nog stelt dat de gelijkheid tussen de inschrijvers werd geschonden omdat zij, in tegenstelling tot de tussenkomende partij “tot viermaal toe”, geen nadere verduidelijkingen kon verstrekken, lijkt zij evenmin te kunnen worden bijgevalen.

Zoals hoger gesteld (punt 12), werd een (herhaalde) vraag tot prijsverantwoording aan de tussenkomende partij gericht, pas na het verstrijken van de indieningstermijn om finale offertes in te dienen, en nadat de offertes van alle inschrijvers werden gerangschikt. Een aanbestedende overheid kan, overeenkomstig artikel 44, § 2, *in fine*, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017, een inschrijver opnieuw bevragen. Meer is te dezen niet gebeurd. In het kader van het bijzonder prijsonderzoek bestaat voorts geen verplichting om een prijsverantwoording te vragen aan alle inschrijvers. De verwerende partij kon zich te dezen op het eerste gezicht beperken tot het bevragen van de eerst gerangschikte inschrijver met het oog op de gunning.

30. Het tweede onderdeel van het tweede middel is niet ernstig.

VII. Besluit

31. Geen van de middelen is 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,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Joris Casneuf,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Patricia De Somere