

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIV^e KAMER

A R R E S T

**nr. 262.149 van 28 januari 2025
in de zaak A. 243.881/XIV-39.715**

In zake: 1. de NV A.
2. de NV G.
samen vormend de ‘tijdelijke maatschap (TM) B.–G.D.’
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Joost Bosquet en Julie Philtjens
kantoor houdend te 2650 Edegem
Mechelsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV VLAAMSE WATERWEG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Karel Van Hoorebeke en Rebecca Denys
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure Rechts 162
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 januari 2025, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 19 december 2024 van de Vlaamse Waterweg, afdeling Regio West om “de offerte van TM [B. – G.D.] onregelmatig te bevinden en te weren, zoals ter kennis gebracht aan verzoekende partij op 19 december 2024, evenals de in de tussentijd of tezelfdertijd dan wel opvolgend genomen gunningsbeslissing van de Vlaamse Waterweg, Afdeling Regio West binnen de overheidsopdracht van werken met als voorwerp ‘Weerbare Westhoek. Oeverwerken. Raamovereenkomst’ ook gekend onder de bestek referentie ‘ARW-24-009’ waarbij de opdracht aan een derde inschrijver werd gegund”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 januari 2025 om 10:00 uur.

Staatsraad Kaat Leus heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Julie Philtjens, die verschijnt voor de verzoekende partijen en advocaat Rebecca Denys, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Anke Meskens 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 in de vorm van een raamovereenkomst uit met als voorwerp “Weerbare Westhoek. Oeverwerken. Raamovereenkomst.”. Het betreft een overheidsopdracht uitgeschreven door de Vlaamse Waterweg nv, waarbij de administratieve entiteit die als aanbestedende overheid optreedt de afdeling Regio West is.

De raamovereenkomst die zal worden afgesloten heeft een periode van vier jaar en de maximale waarde ervan bedraagt 30.000.000 euro.

3.2. Als plaatsingsprocedure wordt gekozen voor een openbare procedure.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek met referentie ARW-24-0009.

Het ‘Doel van de opdracht’ wordt in het toepasselijke bestek als volgt omschreven:

“In navolging van de overstromingen werd op 17 november 2023 de taskforce ‘Weerbare Westhoek’ in het leven geroepen. Deze opdracht heeft als doel de acties binnen de rubriek structureel onderhoud en herstellen van oevers en dijken uit te voeren.

Op 15 locaties in het IJzerbekken hebben de oevers diverse gebreken die ze instabiel maken en/of problemen geven bij vloedregime (water dat over de oever/dijk stroomt). Deze oevers dienen herbouwd te worden binnen de bestaande contouren (de waterlijn wordt maw niet verplaatst alsook dient een MER□procedure en/of RUP□procedure vermeden te worden, net zoals onteigeningen).

Iedere locatie is beschreven verder in dit bestek en zal eerst een uitgebreide studiefase ondergaan wat het volgende omvat:

- Inventarisatie van het projectgebied, met inbegrip van nutsleidingen, eigendomsgrenzen en opmetingen
- Opmaken van een voorontwerp, met inbegrip van een alternatievenstudie
- Opmaken van een omgevingsvergunningsaanvraag
- Opmaken van de uitvoeringsstudie

Er zijn op voorhand door de aanbestedende overheid 6 oevertypes (= bouwblokken) geselecteerd op basis waarvan de oevers dienen herbouwd te worden. Voor iedere locatie zal er een type uitgekozen worden via het voorontwerp – de alternatievenstudie dat verder uitgewerkt zal worden tot een voorontwerp/omgevingsvergunningsaanvraag/uitvoeringsstudie.

De verschillende bouwblokken zijn:

- BOUWBLOK 1: OEVERHERSTEL DMV OEVER ONDER TALUD
- BOUWBLOK 2: OEVERHERSTEL MET BREUKSTEEN
- BOUWBLOK 3: OEVERHERSTEL MET PERKOENPALEN EN WIEPENMATTEN
- BOUWBLOK 4: OEVERHERSTEL DMV. SCHANSKORVEN
- BOUWBLOK 5: OEVERHERSTEL DMV DAMPLANKEN MET KOPBALK
- BOUWBLOK 6: OEVERHERSTEL DMV DEENSE KAAIMUUR

Na het verkrijgen van de omgevingsvergunning kan overgegaan worden tot de uitvoering van het opgemaakte ontwerp en het verzorgen van de uitvoeringsbegeleiding. De aanbestedende overheid is niet verplicht om voor iedere locatie over te gaan tot uitvoering van het opgemaakte ontwerp.”.

[...]

3.4. Onder de titel ‘Beschrijving van de werken’ worden deze als volgt omschreven:

“De opdracht omvat prestaties i.h.k.v. het ontwerp, bekomen van de nodige vergunningen, opmaken uitvoeringsdossier en uitvoering van de nodige werken i.h.k.v. de beoogde projectdoelstelling. De scope van het project omvat globaal gezien volgende onderdelen (niet limitatief):

Studie:

- o Inventarisatie, opmeting & aanvullen van kennisleemtes;
- o Het opmaken van een ontwerp van oevers en aanhorigheden;
- o het opmaken van een aanvraagdossier voor de omgevingsvergunning;
- o het opmaken van de uitvoeringsstudie;
- o de opvolging van de uitvoering van de werken.

Herbouw van (natuurvriendelijke) oevers:

- o herbouw van diverse oevers en zachte dijken
- o Evaluatie bestaande natuurwaarden
- o Terreinprofilering i.h.k.v. typeoevers
- o Evaluatie bestaande natuurwaarden vs. nieuw te realiseren waarden
- o Verplaatsen riet
- o Opbraak bestaande toestand (afbreken en afvoeren van bestaande oeververdediging, kaaimuur, ...)
- o Verwijderen van beplantingen en rooien bomen
- o Eventuele heraanplantingen voor gerooide bomen
- o Eventueel verleggen/aanleggen nutsleidingen
- o Eventuele heraanleg van het jaagpad/openbare weg
- o Aansluitingswerken aan bestaande constructies
- o Inzaaien van grassen bij relatief vlakke taluds
- o Omgevingsaanleg
- o Verwijderen dijklichamen
- o Uitwerken van een faserings- en omleidingsplan.”.

3.5. In het bestek wordt, wat de ‘Gunning van de opdracht’ betreft, bepaald dat de opdracht wordt toegekend aan de economisch meest voordelige offerte, rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitsverhouding op basis van de volgende gunningscriteria:

- criterium 1: het offertebedrag: maximum 60 punten;
- criterium 2: plan van aanpak: maximum 25 punten;
- criterium 3: het voorgestelde team: maximum 15 punten.

Onder de titel ‘Prijsvaststelling en prijsbestanddelen’ worden in het bestek onder meer de elementen bepaald die in de prijzen begrepen zijn (art. 32, § 1, van het bestek):

“De opdrachtnemer wordt verondersteld zich voor het opmaken van zijn inschrijving ter plaatse rekenschap te hebben gegeven van de aard en de omvang van de werken en van de moeilijkheden van alle aard die de uitvoering van de

werken met zich kan brengen.

De opdrachtnemer wordt geacht de aard van het bouwterrein en de werkzaamheden te kennen en zijn prijzen op grond van deze kennis te hebben vastgesteld.

Dienvolgens zijn alle kosten en lasten die elders niet uitdrukkelijk ten laste van de aanbestedende overheid worden gelegd, vereist voor de bouw van het werk conform het bestek, exclusief ten laste van de opdrachtnemer.

De opdrachtnemer is verplicht op zijn kosten alle ondergeschikte werken en leveringen uit te voeren die niet expliciet vermeld zijn in een post van de opmetingsstaat, maar die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de aanneming zoals bepaald in de aanbestedingsdocumenten, en/of voor de uitvoering van die post.

Onverminderd het bepaalde in art. 32 K.B. Plaatsing en niet – limitatief dienen in de eenheidsprijzen en globale prijzen van de opdracht dienen te zijn (voor zover niet voorzien in een afzonderlijke post):

- Alle werken, leveringen en bijkomende werken die inherent zijn aan de uitvoering van de algemene maatregelen van artikel 79 AUR zijn begrepen in de aannemingssom
- de kosten verbonden met het houden van alle mogelijke vormen van overlegvergaderingen/□ momenten met de opdrachtgever en/of andere diverse partijen, waarvoor geen aparte posten zijn voorzien;
- de kosten verbonden aan het voeren, notuleren, opvolgen,.. van overleg/interacties;
- de kosten verbonden aan het opvragen aan derden van de voor de studie benodigde informatie;
- de kosten verbonden aan het opstellen van de rapporten en verslagen;
- de kosten voor het produceren van de voorlopig en definitief af te leveren producten, documenten en rapporten, in het vereiste aantal exemplaren en in een formaat en/of schaal bepaald door de opdrachtgever;
- de verplaatsingskosten;
- de administratie□ en secretariaatskosten;
- de telefoon□ en internetkosten;
- de verzendingskosten;
- de kosten ingevolge toepasselijke wet□ en regelgeving;
- de kosten verbonden aan het aanpassen en herindienen van de aanvragen voor omgevingsvergunningen indien het dossier onvolledig verklaard wordt;
- De bijdrage verschuldigd aan het Opzoekingscentrum voor de Wegenbouw (OCW);
- De bijdrage verschuldigd aan buildwise;
- De kilometerheffing 'Viapass' voor vrachtwagens van meer dan 3,5 ton;
- De meerprijzen voor het werken in ploegen, voor het uitvoeren van nachtwerk en voor weekendwerk;
- Ieder stelsel, apparaat, en in het algemeen ieder element dat deel uitmaakt van deze opdracht wordt, behalve uitdrukkelijk tegenstrijdige vermelding in het bestek, volledig geleverd en omvat dus alle organen, toebehoren en aanpassingen, nodig voor montage, volmaakte werking, gebruik en gemakkelijk onderhoud, zelfs als deze organen, toebehoren en aanpassingen niet expliciet vermeld zijn in dit bestek, op de plans of in de samenvattende opmetingsstaat die het vergezellen;
- De aankoopprijs en de verschuldigde vergoedingen voor de gebruikslicenties van de intellectuele eigendomsrechten waarvan de

opdrachtnemer niet de eigendomsrechten heeft (artikel 30 §1 KB Plaatsing);

- Alle in deze aanneming te verwerken materialen zijn nieuw en zijn door de aannemer te leveren tenzij het bestek of de opmeting het uitdrukkelijk anders bepaalt;
- In de eenheidsprijs of globale prijs van elke post (of onderdeel ervan) zijn inbegrepen ☐ tenzij anders vermeld ☐ alle prestaties eigen aan het te verwezenlijken werk, zoals het leveren van de nodige materialen, het opvoegen, het aansluiten, het reinigen, het bijwerken, het aanbrengen van voorzieningen, het wegruimen van afval, enz ...;
- Alle bestanden (bv plannen, rekennota's etc) die geleverd worden, worden sowieso ook in het originele bestandsformaat van opmaak geleverd;
- Bij alle werken zitten telkens alle nodige demontage ☐ en montagewerken vervat in de post van het betreffende onderdeel;
- Bij alle werken zitten telkens alle nodige hijswerken (inclusief de hijsstudie en het hijsmateriaal) vervat in de post van het betreffende onderdeel;
- Bij alle werken zitten telkens alle transportkosten en tussentijdse stockages vervat in de post van het betreffende onderdeel;
- Bij de revisie van gelijk welk onderdeel worden sowieso altijd alle bouten, moeren, onderleggingen en schroeven vervangen. Hierbij wordt minstens dezelfde kwaliteit gebruikt als de huidige. Deze onderdelen worden niet in een aparte post vergoed. De boutgaten worden ook opgezuiverd;
- Alle blote boutuiteinden worden afgesloten met een dopmoer zodat er geen vocht of andere vervuiling in de schroefdraadverbinding kan indringen. Dit wordt niet in een aparte post vergoed;
- De kosten van verzekeringen van het materieel en van het personeel tegen arbeidsongevallen, de sociale lasten, verzekering tegen schade aan personen en aan goederen van het Gewest en particulieren. Alle kosten van verzekeringen zijn een last van de aanneming, met uitzondering van de ABR ☐ polis waarvoor een afzonderlijke post voorzien is;
- De kosten ten gevolge van het storten van afval dienen begrepen te zijn in de eenheidsprijs van de respectievelijke posten voor opbraak of afbraak waarbij afvalmateriaal ontstaat en bij ontstentenis van dergelijke posten vormen de stortkosten een last van de aanneming, met uitzondering van de opbraak posten voor oever en taludwerken (0401.279001* tem 0401.279015*) waarvoor een afzonderlijke post voorzien is;
- alle interne prestaties van de opdrachtnemer die het gevolg zijn van de VLAREM wetgeving, de OVAM richtlijnen, en in het bijzonder alle lasten die voortvloeien uit de verplichte certificatie en controle door een erkende sloopbeheerorganisatie op de opvolging en afvoer van sloop ☐ en bouwafval;
- Zijn in de eenheidsprijzen begrepen, de prijzen horende bij de meetstaat ten gevolge van de beschrijving van de inschrijver van de wijze waarop zij de werken zullen uitvoeren om rekening te houden met het veiligheids ☐ en gezondheidsplan, alsook de afzonderlijke prijsberekening in verband met de door het veiligheids ☐ en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen;
- De permanente reiniging van de wegen en/of de directe omgeving van de bouwplaats valt ten laste van de aannemer;

- Alle voorlopige of definitieve verleggingen van installaties van concessiehoudende en/of nutsmaatschappijen die enkel noodzakelijk zijn wegens het gebruik van bijzondere uitvoeringsmiddelen gekozen door de aannemer zijn inbegrepen in de aannemingssom;
- De coördinatie en overleg met alle betrokken partijen (politiezones, gemeenten, bedrijven ...) vóór en tijdens de werken;
- Alle verrichtingen en verplichtingen voor het verkrijgen van de vergunningen/toelatingen die nodig zijn voor de uitvoering van de werkzaamheden, zoals signalisatieplannen en de bijhorende toelatingen, omgevingsvergunningen,..., behoudens voor de vergunningen en toelatingen die al aangevraagd en/of verkregen zijn door de aanbestedende overheid voor de aanvang van de werken;
- De prijs van alle uitvoeringsmiddelen en hulpconstructies die niet expliciet in de opmetingsstaten zijn opgenomen en die toch vereist zijn om de werken conform het bijzonder bestek en de goedgekeurde tekeningen uit te voeren, moet begrepen zijn in de inschrijvingsprijzen van de werken die erdoor mogelijk gemaakt worden. Onder deze uitvoeringsmiddelen en hulpconstructies zijn o.a. begrepen (niet limitatief):
 - Bouw□ en damkuipen;
 - Voorlopige damwanden;
 - Bemaling van bouwputten/bouwkuipen;
 - Voorlopige aanvullingen en uitgravingen;
 - Voorlopige omleggingen van rioleringen, beken en collectoren;
 - eventuele bemalingen die nodig zijn om constructies in den droge te kunnen uitvoeren, en waarvoor geen aparte posten zijn voorzien. Onder kosten van de bronbemaling vallen alle kosten inbegrepen bij de installatie van de bemaling en nodig voor het effectief werken van de bemaling (sturing, alarminstallatie, voeding, studie, aansluiting op het net, aanvragen, enz.);
 - voorlopige omleggingen van allerhande nuts□ en andere leidingen, die niet nodig zijn in functie van de definitieve toestand, doch die het gevolg zijn van de door de aannemer voorziene uitvoeringsmiddelen of uitvoeringswijze;
 - pontons, steigers, bekistingen, formelen en allerhande voorlopige hulp□, beschermings□ en ondersteuningsconstructies;
 - eventuele maatregelen nodig om schade aan aangrenzende gebouwen of installaties te vermijden.”

Art. 32, § 1, 3° K.B. Plaatsing wordt aangevuld als volgt:

Volgende kosten zijn eveneens ten laste van de opdrachtnemer, tenzij hiervoor een aparte post in de samenvattende opmeting werd voorzien:

- het werken met de nodige en wettelijke voorzorgsmaatregelen en voorzichtigheid in de omgeving van nutsleidingen en hun bijhorende installaties, alsook de eventuele peilingen om deze voorzorgsmaatregelen wat te kunnen verminderen;
- de eventueel vereiste bescherming van de bestaande en te behouden nutsleidingen en hun bijhorende installatie.”

Bij het bestek wordt een samenvattende opmetingsstaat gevoegd.

3.6. De opening van de offertes vindt plaats op 7 november 2024 om 9u30. Er worden vijf offertes ontvangen waaronder deze van de verzoekende partijen, aan de volgende inschrijvingsbedragen:

Nr.	Naam en adres inschrijver	Prijs, excl. Btw [euro]
1.	TM B.H.	16.761.256,66
2.	TM A.D-A.R. (hierna: de derde belanghebbende)	13.068.564,37
3.	nv H-K	14.368.546,00
4.	TM B.-G.D., (hierna: de TM, gevormd door de verzoekende partijen)	15.033.056,69
5.	TM V.H.- H.-D.R.	17.645.173,76

3.7. Op verzoek van de verwerende partij brengt de Algemene Technische Ondersteuning, cel Prijsadvies (hierna: de ATO) op 14 november 2024 advies uit in het kader van het algemeen prijs- of kostenonderzoek.

In dit prijstechnisch nazicht stelt ATO het volgende over het criterium ter bepaling van de in aanmerking te nemen posten:

“5.2 ONDERZOEK VAN DE EENHEIDSPRIJZEN EN GLOBALE PRIJZEN

5.2.1. Afbakening van het onderzoek

Bij het onderzoek van deze prijzen heeft ATO alle posten met een aandeel groter dan 0,25% in beschouwing genomen. Normaliter hanteert ATO als criterium dat het individueel aandeel van de posten ten minste 1% moet bedragen. Echter, gelet op het grote aantal posten en het beperkte aantal posten met een individueel aandeel groter dan 1%, werd de grens naar beneden bijgesteld, tot 0,25%. Op die manier bedraagt het totale aandeel van de onderzochte posten +- 74,6%, hetgeen ATO als voldoende representatief beschouwt voor een grondig onderzoek van de eenheidsprijzen en globale prijzen.”.

Over de offerte van de tijdelijke maatschap gevormd door de verzoekende partijen vermeldt het prijstechnisch nazicht door de afdeling ATO wat volgt:

“5.2.4.3 Offerte [TM, gevormd door de verzoekende partijen]

Rekening houdend met bovenvermelde criteria en maatstaven identificeert ATO de posten 8, 125, 161, 165, 166, 215, 216, 277, 284, 286, 300, 303, 352, 384, 447 en 462 voor verder onderzoek.

De posten 295, 296 en 385 werden door ATO niet weerhouden gelet op het gelijkaardige prijsniveau opgegeven door minstens twee andere inschrijvers.

Ook de overige posten werden niet weerhouden omdat:

- Het individueel aandeel in de offerte beperkt is ($<0,25\%$), en / of;
- De afwijkingen ten opzichte van de gemiddelde prijzen beperkt zijn, en/ of;
- De prijzen nog binnen de vork van courant gangbare prijzen uit MEDIAAN vallen.”.

In het prijstechnisch nazicht stelt ATO voor om prijsverantwoording te vragen aan drie inschrijvers:

- De TM A.D.- A.R, de derde belanghebbende.
- De nv H.-K.
- De TM B.-G.D., gevormd door de verzoekende partijen.

3.8. Ingaand op dat advies, nodigt de verwerende partij deze drie inschrijvers op 19 november 2024 uit tot een prijsverantwoording.

Al deze inschrijvers hebben tijdig een prijsverantwoording ingediend.

De vraag tot prijsverantwoording gericht aan de TM, gevormd door de verzoekende partijen beslaat de eenheidsprijzen van de volgende posten:

- Post 8: Opzet projectmanagement
- Post 125: Uitvoeringsbegeleiding projectzone 8
- Post 161: Werfinrichting, inrichten, instandhouden en verwijderen inrichting van de bouwplaats – projectzone 4
- Post 165: Werfinrichting, inrichten, instandhouden en verwijderen inrichting van de bouwplaats – projectzone 8
- Post 166: Werfinrichting, inrichten, instandhouden en verwijderen inrichting van de bouwplaats – projectzone 9
- Post 215: Peilingen – multibeammetingen volgens 4-1.1.10.3, peilingen
- Post 216: Mobilisatie en demobilisatie van materieel voor (multibeam)peilingen
- Post 275: Oever volgens 13-10.3, met wiepen aan twee rijen perkoenpalen
- Post 277: Wandvormige uitschietende oeververdediging met rijswerk, oever met uitschietende wiepen aan twee rijen perkoenpalen, volgens 13-10.5
- Post 284: Schanskorven in matrasvorm gevuld met ruwe breuksteen, volgens 13-2.4, type 6x8, dikte 30 cm

- Post 286: Schanskorven vullen met fin-zandhoudende grond, volgens 13-2.4
- Post 300: Tijdelijke grond- en waterdichte aansluiting tussen tijdelijke damwand en bestaande kaaimuur
- Post 303: Uitvoeren van een geschiktheidsproef op grondankers volgens 24-5.2, procedure cohesieve grond (lange procedure)
- Post 352: Toplaag van gietasfalt, bouwklassegroep B6-B10 en BF volgens 6-2, type GA-C, dikte E = 4 cm
- Post 384: Klein materiaal en handgereedschap, exclusief bedienaar: dompelpomp met capaciteit van 500 tot 1000 m³/u
- Post 447: Ponton met draagvermogen tot 100 T: aanvoer + afvoer (alle kosten inbegrepen) = 1 prestatie
- Post 462: Multifunctionele en krachtige duw / werkboot met weinig diepgang. De boot is geschikt voor de ondersteuning van verschillende activiteiten, zoals het duwen van boten en transport van goederen en personeel. (exclusief 1 schipper en 1 matroos): huurprijs + verbruik
De werkboot beschikt over een hydraulische dekkraan tot 4 ton en 1 of meerdere lieren
De werkboot is uitgerust met motor die voldoet aan de uitlaatemissiedoelstellingen voor de binnenwateren.”

3.9. Op 29 november 2024 dient de TM gevormd door de verzoekende partijen haar prijsverantwoording in. Ook de andere bevroegde inschrijvers dienen tijdig hun prijsverantwoording in.

Na hiertoe te zijn verzocht door de verwerende partij omdat een document dubbel lijkt te zijn bezorgd en een ander document lijkt te ontbreken, bezorgt de TM gevormd door de verzoekende partijen op 2 december 2024 andermaal haar prijsverantwoording.

3.10. Op verzoek van de verwerende partij brengt ATO op 10 december 2024 een tweede advies uit, ditmaal over de door de drie inschrijvers verstrekte prijsverantwoordingen.

3.11 Op 12 december 2024 wordt een gunningsverslag opgesteld. In het gunningsverslag wordt onder punt 3.3 ‘Prijsonderzoek’ onder meer vermeld :

“ De aanbestedende overheid ging over tot een prijsonderzoek van de ingediende offertes overeenkomstig artikel 35-37 KB Plaatsing.

Het gemiddelde totale offertebedrag – berekend conform artikel 36§4 KB Plaatsing – is het volgende:	€15.387.622,82
---	----------------

Nr.	Naam inschrijver	Prijs, excl. btw	% afwijking t.a.v. gemiddelde
1.	TM A.D.- A.R, dit is de derde belanghebbende	13.088.564,37 EUR	-14,94%
2.	H.-K. nv	14.368.546,11 EUR	-6,62%
3.	TM B.-G.D.[dit is de TM gevormd door de verzoekende partijen]	15.033.065,69 EUR	-2,30%
4.	TM B.-H.	16.761.256,66 EUR	+8,93%
5.	TM V.H.– H.-D.R	17.645.173,76 EUR	+14,7-67%

Geen van de offertes ligt meer dan 15% onder het voornoemde gemiddelde. In de volgende offertes werden wel schijnbaar abnormale eenheidsprijzen vastgesteld:

- TM [derde belanghebbende]
- [...]
- TM [verzoekende partijen]

Op 19/11/2024 werd aan TM [derde belanghebbende] een prijsverantwoording gevraagd voor het totale offertebedrag en de prijzen van de volgende posten: [...]

TM [derde belanghebbende] heeft op 29/11/2024 een prijsverantwoording bezorgd.

Deze verantwoording werd aanvaard om de volgende redenen:

[...]

Het offertebedrag en de betrokken eenheidsprijzen vertonen geen abnormaal karakter en de offerte komt voor verdere beoordeling in aanmerking.

Op 19/11/2024 werd aan [...] een prijsverantwoording gevraagd voor de prijzen van de volgende posten:

[...].

[...] heeft op 29/11/2024 een prijsverantwoording bezorgd.

Deze verantwoording wordt aanvaard om de volgende redenen:

[...]

Het offertebedrag en de betrokken eenheidsprijzen vertonen geen abnormaal karakter en de offerte komt voor verdere beoordeling in aanmerking.

Op 19/11/2024 werd aan TM [gevormd door de verzoekende partijen] een prijsverantwoording gevraagd voor de prijzen van de volgende posten: 8 – 125 – 161 – 165 – 166 – 215 – 216 – 275 – 277 – 284 – 286 – 300 – 303 – 352 – 384 – 447 – 462

TM [gevormd door de verzoekende partijen] heeft op 29/11/2024 een prijsverantwoording bezorgd.

Deze verantwoording wordt niet aanvaard om de volgende redenen:

- Het ontbreken van een toeslag voor algemene kosten, winst en risico op een significant deel van de opdracht, zijnde de studie;
- De zeer lage niet-onderbouwde eenheidsprijs voor de aankoop en levering van zandhoudende grond (post 286);

- Het ontbreken van enige cijfermatige onderbouwing bij de zeer lage ‘concurrentiële’ onderaannemingskosten voor de uitvoering van een toplaag in gietasfalt (post 384 [lees: 352]);
- Het ontbreken van de kosten voor het ponton gedurende de aan- en afvoer ervan (post 447).

Het bedrag van de prijs voor de posten 8 tot en met 142 (het volledige studiegedeelte), post 286, post 384 [lees: 352], post 447 wordt op prijstechnisch vlak als abnormaal beschouwd, waardoor de offerte als substantieel onregelmatig wordt beschouwd in toepassing van artikel 36 KB Plaatsing en dus van verdere beoordeling wordt uitgesloten.”.

De offerte van de TM gevormd door de verzoekende partijen wordt niet aanvaard en de offerte wordt substantieel onregelmatig bevonden. Uit het gunningsverslag blijkt dat de prijsverantwoording verstrekt door de twee andere inschrijvers wordt aanvaard.

De globale beoordeling aan de hand van de drie gunningscriteria resulteert in de volgende rangschikking van de offertes:

Nr.	Inschrijver	Prijs	Plan van aanpak	Team	TOTAAL
1.	TM A.D.-A.R.[dit is de derde belanghebbende]	60.00	18,00	13,50	91,00
2.	H.-K. nv	55.65	20,00	11,50	87,15
3.	TM B.-H.	47.51	18,00	13,50	79,01
4.	TM nv V.H.-nv H.-D.R.	44.51	19,00	12,00	75,51

Aldus wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de TM A.D.-A.R., dit is de belanghebbende derde, als de economisch meest voordelige regelmatige offerte, voor een bedrag van 13.088.564,37 euro exclusief btw.

3.12. In navolging van het gunningsverslag, beslist de verwerende partij op ongekende datum, maar ten laatste op 19 december 2024, om de opdracht toe te wijzen aan de belanghebbende derde, voor een bedrag van 13.088.564,37 euro exclusief btw, onder meer “gelet op het gunningsverslag van 11/12/2024 dat als bijlage bij deze beslissing is gevoegd en er integraal deel van uitmaakt” en “overwegende dat de motieven en het besluit van het bovenvermelde gunningsverslag geheel wordt onderschreven”.

Dit is de bestreden beslissing.

3.13. Met een e-mail van 19 december 2024 en een aangetekend schrijven worden de verzoekende partijen ervan in kennis gesteld dat hun offerte onregelmatig is verklaard op grond van de volgende motieven:

“Conform artikel 8, §1 van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies (hierna: Rechtsbeschermingswet), deel ik u mee dat uw offerte voor bovenvermelde opdracht onregelmatig is bevonden en geweerd werd.

De motieven voor de wering van uw offerte:

Op 19/11/2024 werd er prijsverantwoording gevraagd, deze werd ontvangen op 29/11/2024.

Deze verantwoording wordt niet aanvaard om de volgende redenen:

- het ontbreken van een toeslag voor algemene kosten, winst en risico op een significant deel van de opdracht, zijnde de studie;
- de zeer lage niet-onderbouwde eenheidsprijs voor de aankoop en levering van zandhoudende grond (post 286);
- het ontbreken van enige cijfermatige onderbouwing bij de zeer lage ‘concurrentiële’ onderaannemingskosten voor de uitvoering van een toplaag in gietasfalt (post 384);
- het ontbreken van de kosten voor het ponton gedurende de aan- en afvoer ervan (post 447).

Het bedrag van de prijs voor de posten 8 tot en met 142 (het volledige studiegedeelte), post 286, post 384 en post 447 worden op prijstechnisch vlak als abnormaal beschouwd, waardoor de offerte als substantieel onregelmatig wordt beschouwd toepassing van artikel 36 KB Plaatsing en dus van verdere beoordeling wordt uitgesloten.”.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om uitspraak te doen over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1, 5 en 6, 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 waarvan het onderzoek zich leent voor een versnelde behandeling of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. In het verzoekschrift wordt door de verzoekende partijen een eerste en enig middel ingeroepen dat is gesteund op een schending van artikel 84 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (hierna: de wet van 17 juni 2016) en artikel 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: ‘het koninklijk besluit van 18 april 2017’), evenals op een schending “van het gelijkheids-, non-discriminatie, en transparantiebeginsel inzake overheidsopdrachten, zoals neergelegd in artikel 4 van de wet van 17 juni 2016, en het eruit voortvloeiende verbod op willekeur; van het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur; van de materiële en formele motiveringsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag”.

De verzoekende partijen achten de in het enig middel aangevoerde bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat, de bestreden beslissing bij de beoordeling van de prijsverantwoording een abnormale prijs heeft weerhouden voor 133 niet bevroegde posten, zonder enig onderzoek naar het al dan niet verwaarloosbaar karakter van de schijnbaar abnormaal geachte posten, waarbij minstens het verwaarloosbaar karakter niet betrokken werd in het oordeel van de aanbestedende dienst en/of gedragen werd door motieven waarbij geen rekening wordt gehouden met de prijsverantwoording in zijn geheel.

Terwijl, het artikel 84 [van de wet van 17 juni 2016] voorschrijft dat het onderzoek van de prijzen en kosten verplicht dient te worden uitgevoerd door de aanbestedende dienst conform de door de Koning vastgestelde regels.

Dat artikel 36, §2 [van het koninklijk besluit van 18 april 2017] nader bepaalt dat een aanbestedende overheid alleen een offerte wegens abnormale prijzen kan

weren indien zij voorafgaandelijk de inschrijver een formele prijsverantwoording heeft gevraagd, waarbij de inschrijver moet bevraagd worden over alle posten die abnormaal lijken onder voorbehoud van de uitzondering voorzien in de wet voor verwaarloosbare posten.

Dat aangezien de regels voor het bijzonder prijs- en kostenonderzoek verschillen naargelang de betrokken posten al dan niet verwaarloosbaar zijn, de aanbestedende overheid moet nagaan of ze dit karakter vertonen.

Dat artikel 36, §3 [van het koninklijk besluit van 18 april 2017] de beslissingsmogelijkheden van de aanbestedende entiteit vastlegt indien zij vaststelt dat een inschrijver geen afdoende prijsverantwoording kan bieden voor een schijnbaar abnormale prijs, en sprake is van een blijvend abnormale eenheidsprijs in de offerte.

Dat overeenkomstig dit artikel een prijs voor een verwaarloosbare post geen aanleiding kan geven tot een substantiële onregelmatigheid, en het verwaarloosbaar karakter van de prijszetting naast het blijvend abnormaal karakter een substantiële voorwaarde uitmaakt opdat één of meerdere éénheidsprijzen na prijsonderzoek aanleiding kunnen geven tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte.

Dat het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur de aanbestedende overheid verplicht tot een gedegen voorbereiding van de te treffen beslissing, opdat zij met kennis van zaken kan oordelen over de gunning van de opdracht. Dat zij de door een inschrijver verstrekte prijsverantwoording in haar geheel dient te onderzoeken en te behandelen.

Dat de formele motiveringsplicht vereist dat de motieven waarop de bestreden beslissing gesteund wordt, geëxpliciteerd wordt in de beslissing zelf, en dat deze motieven afdoende, correct, pertinent en niet tegenstrijdig zijn, waarbij zij de rechtsonderhorige in staat dienen te stellen om met kennis van zaken de hem door de wet ter beschikking gestelde rechtsmiddelen uit te putten.

Dat op basis van het beginsel van de materiële motiveringsverplichting vereist dat de beslissing gedragen moet worden door motieven die in rechte en in feite aanvaardbaar zijn. De motieven moet[en] kenbaar, feitelijk juist en draagkrachtig zijn.

Dat het gelijkheids-, non-discriminatie- en transparantiebeginsel veronderstellen dat de inschrijvers een gelijke kans krijgen om de opdracht gegund te krijgen wat impliceert dat zij zich gedurende de plaatsingsprocedure in een gelijke positie moeten bevinden. Dat het transparantiebeginsel vereist dat de procedure door een afdoende bekendmaking voor de mededinging wordt geopend en de objectiviteit en onpersoonlijkheid van de procedure na het doorlopen ervan door de gehanteerde regels kan worden geverifieerd.

Zodat de bestreden beslissing die de offerte substantieel onregelmatig heeft bevonden en geweerd zonder een zorgvuldig prijs- en kostenonderzoek, de hogervermelde wetsbepalingen en algemene beginselen schendt.”.

7. In de toelichting bij het enig middel, in wat kan worden beschouwd als een eerste grief (onder het kopje ‘Gebrekkige prijsbevraging’), bekritiseren de verzoekende partijen, in essentie, de omstandigheid dat er meer posten als abnormaal werden beschouwd dan waarvoor zij zijn bevraagd. Zij lichten toe dat hen slechts een schriftelijke prijsbevraging werd gericht voor de posten 8, 125, 165, 166, 215, 216, 275, 277, 284, 286, 300, 303, 352, 384, 447 en

462. Over de posten 9 tot 124 en 126 tot 142, posten die allen betrekking hebben op ‘studie’ (*cfr. supra* punt 3.4), zijn de verzoekende partijen niet bevraagd. Deze prijzen werden vooraf niet geïdentificeerd als schijnbaar abnormaal, waardoor het volgens de verzoekende partijen onduidelijk is van welke maatstaf de aanbesteder zich heeft bediend als vergelijkingsbasis om de prijzen naderhand als abnormaal te bestempelen. Minstens had de verwerende partij de verzoekende partijen over deze naderhand geïdentificeerde abnormale prijzen moeten bevragen, *quod non*. Alleszins kan een aanbesteder zich, als er geen voorafgaande verantwoording wordt gevraagd voor abnormaal geachte eenheidsprijzen, achteraf niet meer beroepen op de onregelmatigheid van de offerte wegens het abnormaal karakter van de eenheidsprijzen, wat wordt geraakt door willekeur.

8. Ten tweede (onder het kopje ‘Onderzoek naar het verwaarloosbaar karakter’), verwijten de verzoekende partijen de verwerende partij dat zij heeft nagelaten om het (al dan niet) verwaarloosbaar karakter van de bevraagde posten vast te stellen, minstens heeft zij nagelaten zich uit te spreken over het karakter van de bevraagde posten. Nochtans is enkel prijsbevraging vereist voor de niet-verwaarloosbare posten waarvan de prijzen de aanbesteder abnormaal lijken. Vanuit hun aard worden verwaarloosbare posten niet geacht invloed te kunnen uitoefenen op de mededinging. Daarmee heeft de verwerende partij artikel 36, § 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 geschonden, alsook de formele- en de materiële motiveringsplicht. Uit artikel 36, § 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 volgt immers dat een onregelmatigverklaring niet kan voortvloeien uit een verwaarloosbare abnormale prijs voor een post. Als de verwerende partij was overgegaan tot het vaststellen van het verwaarloosbaar karakter van de posten, *quod non*, dan was zij tot het besluit gekomen dat de posten 286, 352 en 447 slechts een gering belang hebben op de totaalprijs van de offerte, met een relatieve waarde van telkens minder dan 0,5% van de totaalprijs van de offerte, zijnde respectievelijk 0,055% (post 286), 0,068% (post 352) en 0,173% (post 447). De verzoekende partijen stippen bij post 352 ook nog aan dat gietasfalt slechts wordt gebruikt voor het uitvoeren van herstellingen aan asfaltwegen, en dus niet wordt aangewend bij de aanleg van een volledige nieuwe weg. De posten 345, 346, 347 en 351 strekken hier immers reeds toe. Vanuit die optiek kan de goede uitvoering van deze post volgens de verzoekende partijen al evenmin een argument zijn om deze post als niet-verwaarloosbaar te beschouwen. De verzoekende

partijen wijzen er tot slot nog op dat het “enkel (is) door een oneigenlijke deductie van twee posten naar alle posten van de studie dat de aanbestedende dienst op een wederrechtelijke wijze (want zonder voorafgaande bevraging) een relevant aandeel van posten met blijvend abnormaal karakter heeft gekunsteld” .

9. In wat tot slot kan worden aangezien als een derde grief (onder het kopje ‘Ondeugdelijke motieven en onzorgvuldig onderzoek van de prijsverantwoording’), beogen de verzoekende partijen in essentie aan te tonen dat, ingevolge onzorgvuldig onderzoek, de motieven om de prijsverantwoording van de verzoekende partijen niet te aanvaarden, niet deugen. Zo menen de verzoekende partijen, samengevat, dat, met betrekking tot het deel ‘studie’, het motief “inzake het ontbreken van een toeslag voor algemene kosten, winst en risico op een significant deel van de opdracht, zijnde ‘de studie’” de bestreden beslissing niet kan dragen. Onder verwijzing naar arrest nr. 258.674 van 1 februari 2024 (ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.258.674) zetten de verzoekende partijen uiteen dat het principe dat de aanrekening van een toeslag voor algemene kosten en winstpercentage (AKW) maar gerechtvaardigd is voor zover deze betrekking heeft op prestaties geleverd door de opdrachtnemer. De verzoekende partijen doen te dezen een beroep op de draagkracht van een derde, externe dienstverlener, “die geen kosten genereert in hoofde van de aannemer”. Er is door de verwerende partij geen rekening gehouden met de aard van de opdracht en de desbetreffende post bij de beoordeling van de prijsverantwoording. Vermits het hier gaat om posten die de studie/het ontwerp betreffen, zijn dit diensten die geleverd worden door een dienstverlener en niet door een onderaannemer, waarbij het volgens de verzoekende partijen gebruikelijk is dat er geen dubbel AKW-percentages wordt toegepast.

Volgens de verzoekende partijen kan evenmin het motief “inzake de zeer lage niet-onderbouwde eenheidsprijs voor de aankoop en levering van zandhoudende grond (post 286)” de bestreden beslissing schragen. Met verwijzing naar hun prijsverantwoording stellen de verzoekende partijen hierover dat de lage prijs voor de zandhoudende grond wordt verklaard doordat de grond als te verwijderen restantproduct voortkomt uit andere opdrachten. De eventuele kosten (afvoer, stockage,...) werden reeds in deze opdrachten zelf ingecalculeerd, waardoor deze grondstoffen niet aan te kopen zijn en vrij beschikbaar zijn op het

depot van de tweede verzoekende partij. Met dit bijkomende element werd geen rekening gehouden bij de beoordeling van de prijsverantwoording.

Tot slot, bekritisieren de verzoekende partijen het motief “inzake het ontbreken van de kosten voor de ponton gedurende de aan- en afvoer ervan”(post 447). De verzoekende partijen wijzen erop dat zowel de posten 447 als 448 betrekking hebben op de ponton met een draagvermogen van 100 T. Gezien de aard van post 447, die betrekking heeft op de aan- en afvoer waarbij alle kosten mee in rekening moeten worden gebracht, hoefden de verzoekende partijen er niet van uit te gaan dat de kosten voor een actief ponton zouden worden verrekend bij de aan- en afvoer ervan, wat volgens hen ook niet gebruikelijk is. De verzoekende partijen beargumenteren in hun verzoekschrift dat de kosten van de ponton werden ingecalculeerd onder post 448 die betrekking heeft op de huurprijs op basis van de afschrijfkosten die worden berekend per werkdag, of zijnde per dag dat de ponton daadwerkelijk wordt gebruikt om de oeverwerken uit te voeren.

Beoordeling

10. Artikel 84 van de wet van 17 juni 2016 dat geschonden wordt geacht, bepaalt dat de aanbestedende overheid een prijzen- of kostenonderzoek uitvoert op de ingediende offertes, overeenkomstig de door de Koning te bepalen nadere regels. De Koning kan in uitzonderingen voorzien op het prijzen- of kostenonderzoek voor de door Hem te bepalen opdrachten. Op verzoek van de aanbestedende overheid verstrekken de inschrijvers tijdens de plaatsingsprocedure alle nodige inlichtingen om dit onderzoek mogelijk te maken.

Artikel 35 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 verplicht de aanbestedende overheid om de ingediende offertes te onderwerpen aan een prijs-of kostenonderzoek. Indien uit dit onderzoek blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, moet de aanbestedende overheid die prijzen met toepassing van artikel 36 van het voornoemde koninklijk besluit nader onderzoeken en een bevraging van deze prijzen of kosten uit te voeren.

Met toepassing van artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 verzoekt de aanbestedende overheid bij de prijzen- of kostenbevraging de inschrijver om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de abnormaal geachte prijs of kost te verstrekken. Krachtens het vijfde lid van paragraaf 2 is de aanbestedende overheid er niet toe gehouden om verantwoordingen te vragen voor prijzen voor verwaarloosbare posten. Voor prijzen die niet-verwaarloosbaar zijn geldt die verplichting wel.

Tot slot voorziet artikel 36, § 3, van datzelfde koninklijk besluit dat de aanbestedende overheid de ontvangen verantwoordingen beoordeelt en deze al dan niet te aanvaarden. Overeenkomstig artikel 36, § 3, eerste lid, van het eerdergenoemde koninklijk besluit beoordeelt zij de ontvangen beoordelingen en:

- “1° stelt [zij] ofwel vast dat het bedrag van een of meer niet-verwaarloosbare posten een abnormaal karakter vertoont en weert [zij] de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;
- 2° ofwel, stelt [zij] 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 [zij] in de gunningsbeslissing dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont.”

Krachtens artikel 76, § 3, van hetzelfde besluit tot slot dient de aanbestedende overheid, wanneer wordt gebruikgemaakt van een openbare of niet-openbare procedure, een substantieel onregelmatige offerte nietig te verklaren.

11. De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ verplichten de overheid ertoe in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dit op een “afdoende” wijze. Die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen met kennis van zaken te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Luidens artikel 4, 8°, van de wet van 17 juni 2013 stelt de aanbestedende overheid een gemotiveerde beslissing op “wanneer ze een opdracht

gunt, ongeacht de procedure”. Overeenkomstig artikel 5, 8°, van dezelfde wet bevat de in artikel 4 bedoelde gemotiveerde beslissing, naargelang de procedure en het soort beslissing, “de namen van de inschrijvers van wie de offerte onregelmatig is bevonden en de juridische en feitelijke motieven voor hun wering. Deze motieven hebben met name betrekking op het abnormale karakter van de prijzen en, in voorkomend geval, op het bevinden van de niet gelijkwaardigheid van de voorgestelde oplossingen aan de technische specificaties of het niet voldoen aan de vastgestelde prestatie-eisen of functionele eisen”. Luidens artikel 5, 9°, van diezelfde wet bevat de gunningsbeslissing, onder meer, de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte.

Uit het geschonden geachte zorgvuldigheidsbeginsel volgt dat de aanbestedende overheid haar beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld.

De materiële motiveringsplicht tot slot houdt in dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking mogen worden genomen.

12. In zoverre de verzoekende partijen in hun verzoekschrift aanvoeren dat de verwerende partij heeft nagelaten om het verwaarloosbaar karakter van de bevraagde posten vast te stellen, minstens heeft nagelaten zich uit te spreken over het karakter van bevragebare posten, kunnen zij om de redenen die hierna worden uiteengezet, niet worden bijgevalen.

Voorshands dient vastgesteld dat de verzoekende partijen niet aantonen dat er een wettelijke of reglementaire bepaling aan de aanbestedende overheid de verplichting lijkt op te leggen om in de gunningsbeslissing of in het gunningsverslag dat aan de inschrijvers wordt betekend, bijzondere beschouwingen op te nemen omtrent het onderzoek naar abnormale prijzen en de opstart van de bevragingprocedure bepaald in artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing van 18 april 2017.

Wel vereist de materiële motiveringsplicht dat voor elke administratieve beslissing rechtens aanvaardbare motieven bestaan met een voldoende feitelijke grondslag en dat het werkelijk bestaande feiten betreft die door het bestuur met de nodige zorgvuldigheid zijn vastgesteld. Zo hiervan al niet overtuigend blijk wordt gegeven in de bestreden beslissing zelf vereist de mogelijkheid tot controle hierop dat die grondslag blijkt uit het administratief dossier, daarin begrepen de vertrouwelijk meegedeelde stukken waarop de Raad van State vermag acht te slaan.

13. Er dient te worden vastgesteld dat op het eerste gezicht de wet van 17 juni 2016, noch het koninklijk besluit van 18 april 2017 aan de aanbestedende overheid een welbepaald criterium of specifieke criteria opleggen om de posten te selecteren waarop het prijzenonderzoek moet worden verricht, noch een bepaalde berekeningswijze verplicht stellen. Evenmin blijkt uit die normatieve teksten dat de aanbesteder verplicht is specifieke criteria in acht te nemen om te bepalen of een post verwaarloosbaar is of niet. Het begrip “verwaarloosbare posten” wordt niet gedefinieerd in de toepasselijke wetgeving. In het verslag aan de Koning bij het ontwerp dat tot het koninklijk besluit van 18 april 2017 heeft geleid, wordt aangegeven dat er geen gevolg werd gegeven aan de opmerking van de Raad van State, afdeling Wetgeving om in het verslag aan de Koning praktijkvoorbeelden op te geven. Er werd wel verduidelijkt dat het al dan niet verwaarloosbare karakter van een bepaalde post “altijd beoordeeld [moet] worden in het kader van de betrokken overheidsopdracht”.

Een aanbestedende overheid beschikt dan ook over een aanzienlijke beoordelingsruimte bij het prijsonderzoek en het is de aanbestedende overheid aldus in beginsel toegelaten criteria te hanteren waarbij zij screent op abnormaliteiten, teneinde op een praktische en efficiënte wijze haar werkzaamheden bij dit onderzoek te verrichten. Vereist is wel dat deze criteria zorgvuldig worden opgesteld en de perken van de redelijkheid niet te buiten gaan. Het staat voorts aan de verzoekende partijen om aan te tonen dat in functie van de betrokken opdracht de beoordeling door de verwerende partij van het al dan niet verwaarloosbaar karakter van de posten, de grenzen van haar appreciatiebevoegdheid overschrijdt.

Zoals hierna zal blijken, slagen de verzoekende partijen vooralsnog niet in dit opzet.

14. Te dezen, om verwaarloosbare posten uit te sluiten – in navolging van het deskundig advies van ATO waardoor zij zich heeft laten bijstaan en dat zij vertrouwelijk bij het administratief dossier heeft gevoegd –, blijkt de verwerende partij een mathematisch criterium te hebben gebruikt om het al dan niet verwaarloosbaar karakter van een post te bepalen, te dezen vastgesteld op een grens van 0,25% om aldus “gelet op het grote aantal posten en het beperkte aantal posten met een individueel aandeel groter dan 1%” die de opmetingsstaat rijk is een voldoende representatief prijsonderzoek te verkrijgen. Anders dan de verzoekende partijen dus voorhouden, heeft de verwerende partij wel degelijk een nazicht verricht van de posten die aan een prijsonderzoek moesten worden onderworpen.

Voorts blijkt, volgens het advies van ATO, de berekeningsbasis voor de grenswaarde van 0,25 % te zijn bepaald aan de hand van de gemiddelde inschrijvingsprijs van de betreffende post, afgezet tegenover de gemiddelde totaalprijs van alle offertes. De verwerende partij merkt in de nota op dat met die berekeningsbasis te lage of te hoge prijzen worden uitgemiddeld, en dat deze kolom dan ook gelijk is voor alle inschrijvers. Op het eerste gezicht ten onrechte lijken de verzoekende partijen de berekeningsbasis voor de grenswaarde van 0,25% enkel te steunen op de eigen offerteprijs om vervolgens te besluiten dat de posten 286 (‘Schanskorven vullen met fijn-zandhoudende grond, volgens 13-2.4’), 352 (‘Toplaag van gietasfalt, bouwklassegroep B6-B10 en BF volgens 6-2, type GA-C, dikte E = 4cm’) en 447 (‘Ponton met draagvermogen tot 100 T: aanvoer + afvoer (alle kosten inbegrepen) = 1 prestatie’) verwaarloosbaar zijn. De verzoekende partijen lijken dus van een onjuist feitelijk uitgangspunt te vertrekken om de genoemde posten als “verwaarloosbaar” te beschouwen, waardoor hun kritiek ook om die reden geen bijval verdient.

De verzoekende partijen formuleren voorts op zich geen kritiek op het gehanteerde percentage van 0,25% en tonen bijgevolg op het eerste gezicht niet aan dat de verwerende partij haar beoordelingsruimte bij het vaststellen van de

bedoelde criteria niet op zorgvuldige wijze zou hebben ingevuld. Het volstaat daartoe niet om, zoals zij ter terechtzitting doen, louter de vraag op te werpen of een grenswaarde van 0,25% wel proportioneel is.

15. Mede gelet op de beleidsruimte waarover de verwerende partij omtrent de gekozen werkwijze beschikt en de aangehaalde verantwoording, lijkt het overigens niet aangetoond dat de betrokken keuze van de verwerende partij niet zorgvuldig zou zijn of de perken van de redelijkheid te buiten zou gaan. Te dezen lijkt ook uit het administratief dossier, meer bepaald uit de prijsanalysetabel die door de verwerende partij als vertrouwelijk stuk werd neergelegd en waarop de Raad van State vermag acht te slaan, te volgen dat deze drempel daadwerkelijk én op gelijke wijze werd toegepast en dat op grond van de gemiddelde inschrijvingsprijzen, afgezet tegenover de gemiddelde totaalprijs van de offertes, beoordeeld werd of een post al dan niet verwaarloosbaar was.

Zo ook lijkt uit die prijsanalysetabel te mogen worden afgeleid dat ook de posten 8 ('Opzet projectmanagement') en 125 ('Uitvoeringsbegeleiding projectzone 8'), die de verzoekende partijen niet in hun kritiek over het verwaarloosbaar karakter van de bevraagde posten betrekken, de drempel van 0,25% overschrijden.

16. In de mate de verzoekende partijen voorhouden dat, bij gebrek aan zorgvuldig onderzoek van de prijsverantwoording, de motieven voor het substantieel onregelmatig verklaren van hun offerte niet deugen, kunnen zij op het eerste gezicht evenmin worden bijgevalen en wel om de volgende redenen.

Wanneer de aanbestedende overheid met toepassing van artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 een prijzen- of kostenbevraging heeft uitgevoerd dient zij, zoals hiervoor reeds werd herinnerd, met toepassing van artikel 36, § 3, van datzelfde besluit, de ontvangen verantwoording te beoordelen, en deze al dan niet te aanvaarden.

De te dezen relevante formele motivering is opgenomen in het gunningsverslag onder 'prijs- en kostenonderzoek'. Concreet wordt de

prijsverantwoording van de verzoekende partijen niet aanvaard op grond van de volgende overwegingen:

- “- Het ontbreken van een toeslag voor algemene kosten, winst en risico op een significant deel van de opdracht, zijnde de studie;
- De zeer lage niet-onderbouwde eenheidsprijs voor de aankoop en levering van zandhoudende grond (post 286);
- Het ontbreken van enige cijfermatige onderbouwing bij de zeer lage ‘concurrentiële’ onderaannemingskosten voor de uitvoering van een toplaag in gietasfalt (post 384 [lees: 352]);
- Het ontbreken van de kosten voor het ponton gedurende de aan- en afvoer ervan (post 447).”.

17. Hiervóór is reeds vastgesteld dat de verwerende partij de posten 8, 125, 286, 352 en 447 terecht niet als “verwaarloosbaar” heeft beschouwd. Aldus dienen de verzoekende partijen aan te tonen, zij het *prima facie*, dat ieder van de motieven voor het verwerpen van hun prijsverantwoording in rechte falen. Indien één van deze motieven overeind blijft, hebben de verzoekende partijen, zo lijkt het, geen belang meer bij hun kritiek op de andere motieven.

Voorafgaand dient te worden opgemerkt, nu hiervoor is gebleken dat post 352 (‘toplaag van gietasfalt, bouwklassegroep B6-B10 en BF volgens 6-2, type GA-C, dikte E = 4cm’) op grond van de eerder vermelde grenswaarde terecht als niet-verwaarloosbaar werd beschouwd, dat de verzoekende partijen het nalaten om in hun verzoekschrift kritiek te leveren op het motief van de verwerende partij om de door de verzoekende partijen ter zake verstrekte prijsverantwoording voor de eenheidsprijs van die post niet te aanvaarden – met name omwille van het ontbreken van enige cijfermatige onderbouwing bij de zeer lage ‘concurrentiële’ onderaannemingskosten –, wat op zich genomen reeds het onregelmatig verklaren lijkt te kunnen verantwoorden.

18. Hoewel er in die omstandigheden ernstige vraagtekens zijn te plaatsen bij het belang van de verzoekende partijen bij hun grieven op de overige motieven om de prijsverantwoording niet te aanvaarden, mist hun argumentatie hoe dan ook de in het kader van een schorsingsvordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereiste *prima facie*-ernst.

De aanbestedende overheid beschikt bij de toepassing van artikel 36, § 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 in beginsel over een beoordelingsruimte om de in het kader van de toepassing van dat artikel gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden. De Raad van State mag zich in het kader van zijn wettigheidscontrole, gesteld voor de toetsing van een dergelijke beoordeling, niet in de plaats stellen van het bestuur en zelf de beoordeling van de prijsverantwoording overdoen. Het komt hem enkel toe om desgevraagd na te gaan of de betrokken motieven van dat onderzoek naar behoren zijn bewezen en of de beoordeling van het bestuur met de vereiste zorgvuldigheid en binnen de perken van de redelijkheid is geschied.

In dat verband dient nog te worden opgemerkt dat een inschrijver die een verzoek tot prijsverantwoording ontvangt, moet weten dat dit een ernstige aangelegenheid is. De bewijslast inzake de normaliteit van de *prima facie* abnormaal laag bevonden prijzen ligt bij de betrokken inschrijver. Zodoende moet hij zich ervan bewust zijn dat hij zijn vermoedelijk abnormale prijzen concreet en onderbouwd dient te verantwoorden aangezien hij het risico loopt dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard. De inschrijver mag zich daarbij dus niet beperken tot vaagheden en algemeenheden.

19. Wat post 286 ('Schanskorven vullen met fijn-zandhoudende grond, volgens 13-2.4') blijkt uit de vertrouwelijk neergelegde prijsverantwoording opgenomen in het administratief dossier dat de tijdelijke maatschap van de verzoekende partijen er zich voor de betreffende post toe heeft beperkt een uitsplitsing van de kosten te geven, vermeerderd met een toeslag voor algemene kosten en winst. Bij het onderdeel 'leveren' wordt in de prijsverantwoording op algemene wijze en uiterst beknopt gesteld "fijn-zandhoudende grond, geleverd op de werf vanuit Zanddepot [van de tweede verzoekende partij] in Oudenaarde", echter zonder daarbij aan te geven wat hiervan het voordeel is. Evenmin lijken de verzoekende partijen in hun prijsverantwoording aan te tonen hoe dit element hen een concreet voordeel kan verschaffen in hun prijsvorming.

Wanneer de inschrijver zich, zoals te dezen, bij een prijsverantwoording beperkt tot algemeenheden zonder enige concrete

onderbouwing of toelichting, kunnen zij geen uitgebreidere motivering bij de verwerping van hun prijsverantwoording verwachten.

Het motief in het gunningsverslag inzake de “zeer lage niet-onderbouwde eenheidsprijs voor de aankoop en levering van zandhoudende grond” lijkt te dezen dan ook niet in tegenstrijd met het zorgvuldigheidsbeginsel in het licht van de door de verzoekende partijen verstrekte prijsverantwoording, nu het gegeven antwoord geen gefundeerde verklaring geeft over de wijze van prijsamenstelling voor de betreffende post.

In de mate de verzoekende partijen in hun verzoekschrift nog stellen dat met betrekking tot die post “rekening moet worden gehouden dat deze grond als te verwijderen restantproduct voortkomt uit andere opdrachten”, waardoor deze grondstoffen niet moeten worden aangekocht en “vrij beschikbaar zijn” op het depot van de tweede verzoekende partij en dat “eventuele kosten (afvoer, stockage, ...) hiervoor werden ingecalculeerd in deze opdrachten zelf”, is dit een gegeven dat niet, en in ieder geval niet “met zoveel woorden” blijkt uit de opgegeven prijsverantwoording. Deze toelichting is niet terug te vinden in de prijsverantwoording van de verzoekende partijen.

Deze argumentatie uit het verzoekschrift lijkt op het eerste gezicht dan ook een *post factum*-verantwoording waarmee de aanbesteder geen rekening kon of moest houden bij de beoordeling van de prijsverantwoording van de verzoekende partijen.

In de mate de verzoekende partijen ter terechtzitting op meer algemene wijze nog aanvoeren dat de verwerende partij de inschrijver bijkomende vragen moest stellen, dient opgemerkt dat artikel 36, § 2, zesde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 aan de aanbestedende overheid de mogelijkheid biedt om na ontvangst van de prijsverantwoording de inschrijvers nog verder te bevragen. Die mogelijkheid kan te dezen niet worden omgebogen in een verplichting. Een om prijsverantwoording gevraagde inschrijver dient te weten dat hij het risico loopt dat zijn offerte in geval van een onvoldoende verantwoording, onregelmatig wordt verklaard. Ook al kunnen er bijzondere omstandigheden zijn die maken dat de overheid in een bepaald geval verplicht is de

inschrijver opnieuw te bevragen, dan brengen de verzoekende partijen op het eerste gezicht geen dergelijke omstandigheden bij.

20. Ook de kritiek van de verzoekende partijen op het motief om de prijsverantwoording voor de eenheidsprijs van post 447 ('Ponton met draagvermogen tot 100 T: aanvoer + afvoer (alle kosten inbegrepen) = 1 prestatie') niet te aanvaarden gelet op "het ontbreken van de kosten voor het ponton gedurende de aan- en afvoer ervan", lijkt *prima facie* niet te kunnen overtuigen.

De verzoekende partijen voeren in hun verzoekschrift aan dat het "gebruikelijk" is om de kosten van het ponton bij verplaatsing niet in rekening te brengen. Bij gebrek echter aan enige verduidelijking in de eigenlijke prijsverantwoording verstrekt door de inschrijver, kan deze stelling niet zonder meer worden gedeeld. Die zienswijze lijkt alvast geen steun te vinden in het administratief dossier, met name in de overige prijsverantwoordingen, door de verwerende partij bijgebrachte vertrouwelijke stukken waarop de Raad van State acht mag slaan. Indien dit element zo bepalend was als in het verzoekschrift wordt aangevoerd, dan hadden de verzoekende partijen dit minstens moeten opnemen *cq.* toelichten in hun prijsverantwoording, wat zij niet hebben gedaan.

Zoals hiervoor reeds is gebleken, rust de bewijslast van de normaliteit van de prijs op de inschrijver die bevraagd is. Het staat dan ook aan hem om ten gepaste tijde, met name in de prijsverantwoording en niet voor het eerst in een verzoekschrift bij uiterst dringende noodzakelijkheid, de nodige nuances te maken en een en ander concreet uit te klaren.

In de mate de verzoekende partijen in hun verzoekschrift, overigens ook voor het eerst, nog toelichten dat de betreffende kosten op basis van afschrijfkosten onder post 448 ('Ponton met een draagvermogen tot 100 T: huurprijs (exclusief matroos)') zijn ondergebracht, dient vastgesteld dat ook deze toelichting niet terug is te vinden in de prijsverantwoording. Nog daargelaten de vraag of er met die verantwoording, in het licht van de gelijkheid onder inschrijvers, wel rekening kan worden gehouden, dient deze verantwoording zich opnieuw aan als een *post factum*-verantwoording. In die omstandigheden kunnen

de verzoekende partijen de verwerende partij niet verwijten ze niet in de beoordeling van de prijsverantwoording te hebben betrokken.

21. In de mate dat de verzoekende partijen aanvoeren dat de aanbestedende overheid ten onrechte geen prijsverantwoording vroeg voor de overige posten die verband houden met het gedeelte ‘studie’, gaan zij eraan voorbij dat de aanbestedende overheid een prijsverantwoording heeft gevraagd voor twee posten inzake ‘studie’, namelijk de posten 8 (‘Opzet projectmanagement’) en 125 (‘Uitvoeringsbegeleiding projectzone 8’), die aanleiding leken te geven tot een abnormale eenheidsprijs.

Naar aanleiding van het verzoek om prijsverantwoording voor die beide posten, wordt in de door de verzoekende partijen verstrekte verantwoording bij post 8 uitdrukkelijk gesteld dat “[o]p *alle* studiekosten en kosten van de ontwerpers werd door de TM beslist om hierop geen AKW toe te passen aangezien beroep wordt gedaan op hun draagkracht”, wat zij uitdrukkelijk herhalen bij de verantwoording van post 125 die evenzo op het deel ‘studie’ betrekking heeft. Die toelichting is duidelijk: zij heeft niet alleen betrekking op de prijszetting voor de posten 8 en 125 waarvoor de verantwoording werd gevraagd en lijkt derhalve eveneens te moeten worden betrokken op alle (andere) posten die verband houden met ‘studie’.

Een prijs- en kostenonderzoek verhindert niet dat er tijdens dat onderzoek andere onregelmatigheden kunnen worden blootgelegd die als een substantiële onregelmatigheid dienen te worden beschouwd in de zin van het voormelde artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017. Overeenkomstig artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 is een offerte substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden of de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen.

Uit laatstgenoemde bepaling vloeit op het eerste gezicht geen verplichting voort tot bevraging met betrekking tot prijsgegevens waarover de verwerende partij, bijvoorbeeld in het kader van het prijs- en kostenonderzoek,

beschikt en die voor haar geen onduidelijkheid inhouden, daarin begrepen de door de inschrijver zelf naar aanleiding van zijn prijsverantwoording verstrekte informatie.

Te dezen lijkt het ontbreken van een algemeen kosten- en winstpercentage (hierna: AKW) voor de overige posten inzake de studie zowel de prijsvergelijking met andere inschrijvers te verhinderen, als onzekerheid te creëren over de verbintenis van de verzoekende partijen om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren. Niet onterecht stipt de verwerende partij daarbij aan dat het beroep op de draagkracht van een derde dienstverlener waarmee de aanbesteder geen contractuele band heeft, wel degelijk kosten en risico lijkt te genereren voor de inschrijver (die haar enig aanspreekpunt blijft), zoals het maken van borgstellingskosten.

Ondergeschikt, en voor zover het opnemen van een AKW-percentage al niet verplicht zou zijn overeenkomstig artikel 28 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 wanneer de post door een externe dienstverlener wordt uitgevoerd, mag nog worden opgemerkt dat de opmerking in de prijsverantwoording dat er geen AKW-percentage in rekening wordt gebracht “omdat er beroep wordt gedaan op de draagkracht van een externe dienstverlener” wederom algemeen is, en niet nader wordt geconcretiseerd. Bij de prijsverantwoording wordt weliswaar het e-mailverkeer met de externe dienstverlener gevoegd, maar hieruit blijkt nauwelijks wat de concrete prijsimpact is voor de posten 8 en 125, waarom de verzoekende partijen menen dat er geen AKW-toeslag moet worden gerekend of hoe die kosten concreet in de prijs van de derde dienstverlener worden verrekend.

Te dezen lijken de verzoekende partijen weerom niet ten volle te hebben beseft dat een verzoek om prijsverantwoording een ernstige aangelegenheid is en dat zij hun prijzen concreet en onderbouwd dienen te verantwoorden, nu zij het risico lopen dat de offerte van hun tijdelijke maatschap onregelmatig wordt verklaard.

De motivering in het gunningsverslag inzake “[h]et ontbreken van een toeslag voor algemene kosten, winst en risico op een significant deel van

de opdracht, zijnde de studie”, lijkt in de concrete omstandigheden van de zaak ook afdoende, gelet op de beknoptheid van de prijsverantwoording van de inschrijver zelf.

Het arrest nr. 258.674 (ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.258.674) waarnaar de verzoekende partijen verwijzen, kan te dezen op het eerste gezicht niet dienstig worden ingeroepen. Daargelaten nog dat er in die zaak geen sprake was van het “niet toepassen” van een toeslag voor AKW doch van het feit dat de toeslag – wat niet hetzelfde is – “in zekere mate [werd] gedifferentieerd” door het toepassen van verschillende percentages in functie van de aard van de kosten of prestaties waarop de toeslag wordt toegepast, heeft de Raad van State in die zaak enkel vastgesteld dat de kosten, anders dan hoe de verzoekende partij het in die zaak zag, wel degelijk waren gekoppeld aan bepaalde prestaties. De feitelijke elementen die aan die zaak ten grondslag liggen blijken niet overeen te stemmen met deze die zich voordoen in de voorliggende zaak.

22. In de huidige stand van het geding, rekening houdend met de bepaling van artikel 36, § 3, 1°, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 luidens welk de offerte als substantieel onregelmatig wordt geweerd zelfs wanneer de vastgestelde abnormaliteit het bedrag van slechts één niet-verwaarloosbare post betreft, lijken de besproken motieven op zich de conclusie te schragen dat de verzoekende partijen er niet in zijn geslaagd het vermoeden van abnormaliteit dat kleeft aan de betrokken eenheidsprijzen, weg te nemen.

VII. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt de vordering.

2. De verzoekende partijen worden, ieder voor de helft, verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid,

begroot op een rolrecht van 400 euro, een bijdrage van 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op achtentwintig januari tweeduizend vijftientig, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Kaat Leus,
bijgestaan door

Johan Pas,

De griffier

Johan Pas

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Kaat Leus