RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIVe KAMER

A R R E S T

nr. 262.413 van 19 februari 2025
in de zaak A. 243.941/XIV-39.721

In zake: 1. de NV T.
2. de BV S.
samen vormend een tijdelijke maatschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9052 Gent
Dorpsstraat 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
kantoor houdend te 1082 Brussel
Acces Building
Keizer Karellaan 586/9
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 januari 2025, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

> "- de beslissing van 19 december 2024 van het Vlaamse Gewest, intern verzelfstandigd Agentschap Onroerend Erfgoed […] om de offerte van [de nv T.] voor de Raamovereenkomst voor geofysisch bodemonderzoek op diverse sites in Vlaanderen (bestek nr. 2024-IA-0060) substantieel onregelmatig te bevinden en uit te sluiten van verdere beoordeling;
> - de beslissing van 19 december 2024 van het Vlaamse Gewest, intern verzelfstandigd Agentschap Onroerend Erfgoed, om de Raamovereenkomst voor geofysisch bodemonderzoek op diverse sites in Vlaanderen (bestek nr. 2024-IA-0060) te gunnen aan [W];
> - de impliciete beslissing van ongekende datum van het Vlaamse Gewest, intern verzelfstandigd Agentschap Onroerend Erfgoed, om de

Raamovereenkomst voor geofysisch bodemonderzoek op diverse sites in Vlaanderen (bestek nr. 2024-IA-0060) niet aan [de nv T.] te gunnen".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 29 januari 2025.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Brent Van Sande, die *loco* advocaat Isabelle Cooreman verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Frederic Eggermont 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 diensten uit met als voorwerp 'Raamovereenkomst voor geofysisch bodemonderzoek op diverse sites in Vlaanderen'.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

Er wordt gekozen voor de openbare procedure.

3.2. In het bestek dat op de opdracht van toepassing is, wordt het voorwerp nader omschreven als volgt:

> “De individuele deelopdrachten bestaan uit het uitvoeren en interpreteren van geofysisch bodemonderzoek met de bedoeling inzicht te verwerven in de staat en de aard van het ondergronds aanwezige bodemarchief.
> Het gaat om diverse onderzoeksprojecten op diverse locaties in Vlaanderen waarbij gebruik wordt gemaakt van de geofysische prospectietechnieken die momenteel beschikbaar zijn.
> Het gaat zowel om terreinen gelegen in landelijk gebied met weinig of geen gebouwen als om zones binnen meer verstedelijkte gebieden met gebouwen in de onmiddellijke omgeving.”

Het betreft een raamovereenkomst die wordt gegund aan en gesloten met één dienstverlener voor een looptijd van twee jaar (eenmalig verlengbaar met twee jaar).

Blijkens deel 2, punt 2.4 ‘Gunningscriteria’ zijn de gunningscriteria: ‘prijs’ (60 %), ‘samenstelling team’ (30 %) en ‘kwaliteit visie’ (10 %). Onder “prijs (weging 60 %)” wordt gesteld:

> “Er wordt van de opdrachtnemer verwacht om prijzen te geven voor:
> - terreinwerk inclusief basisrapportage
> - voor terreinwerk inclusief uitgebreide archeologische interpretatie
> De Excel-tabel in bijlage bij het bestek geeft aan waarvoor prijs moet worden aangeleverd. We vragen om voor iedere mogelijk optie in de Excel-tabel prijs aan te leveren. We verduidelijken hieronder de gevraagde informatie.
> Ten eerste:
> Voor terreinwerk inclusief basisrapportage verwachten we prijzen voor 1 hectare mobiel, prijzen voor 1 hectare niet-mobiel, prijzen vanaf een oppervlakte van 5 hectare (enkel mobiel) en prijzen vanaf een oppervlakte van 10 hectaren (enkel mobiel). Per categorie verwachten we een prijs voor de inzet van de vier verschillende technieken in twee resoluties. In deze prijzen zit ook het basisrapport evenals de dataoplevering en -archivering vervat.
> Ten tweede:
> Bij bepaalde opdrachten zal terreinwerk inclusief een uitgebreide archeologische interpretatie gevraagd worden. We verwachten prijzen voor de vier verschillende technieken in twee resoluties (zoals bepaald in de tabel in het offerteformulier) en twee opstellingen (mobiel en niet-mobiel) voor 1 ha. Vanaf 5 ha verwachten we geen prijzen voor niet-mobiele opstelling. Er wordt bij de uitgebreide archeologische interpretatie een minimale

‘ground-truth’ via enkele boringen per ha verwacht. In deze prijzen zit ook de data-oplevering en -archivering vervat.
Alle gevraagde prijzen worden opgeteld. De opdrachtnemer met het laagste totaal krijgt het maximum (60) van de punten. De punten van de andere indieners worden berekend ten opzichte van de laagste prijs volgens volgende methode […]”

De Excel-tabel waarvan sprake, gevoegd als bijlage bij het bestek, is als volgt:

“

terreinwerk inclusief basis-interpretatie en data-oplevering en -archivering			
Per per hectare (basisprijs) - niet mobiel		lage resolutie	hoge resolutie
	magnetometrie	in te vullen	in te vullen
	weerstandsmetin	in te vullen	in te vullen
	GPR	in te vullen	in te vullen
	EMI	in te vullen	in te vullen
Per per hectare (basisprijs) - mobiel		lage resolutie	hoge resolutie
	magnetometrie	in te vullen	in te vullen
	weerstandsmetin	in te vullen	in te vullen
	GPR	in te vullen	in te vullen
	EMI	in te vullen	in te vullen
Prijs per ha (vanaf 5 ha) - mobiel		lage resolutie	hoge resolutie
	magnetometrie	in te vullen	in te vullen
	weerstandsmetin	in te vullen	in te vullen
	GPR	in te vullen	in te vullen
	EMI	in te vullen	in te vullen
Prijs per ha (vanaf 10 ha) - mobiel		lage resolutie	hoge resolutie
	magnetometrie	in te vullen	in te vullen
	weerstandmeting	in te vullen	in te vullen
	GPR	in te vullen	in te vullen
	EMI	in te vullen	in te vullen

uitgebreide interpretatie en data-oplevering en -archivering			
Per per hectare (basisprijs) - niet mobiel		lage resolutie	hoge resolutie
	magnetometrie	in te vullen	in te vullen
	weerstandsmetin	in te vullen	in te vullen
	GPR	in te vullen	in te vullen
	EMI	in te vullen	in te vullen
Per per hectare (basisprijs) - mobiel		lage resolutie	hoge resolutie
	magnetometrie	in te vullen	in te vullen
	weerstandsmetin	in te vullen	in te vullen
	GPR	in te vullen	in te vullen
	EMI	in te vullen	in te vullen
Prijs per ha (vanaf 5 ha) - mobiel		lage resolutie	hoge resolutie
	magnetometrie	in te vullen	in te vullen
	weerstandsmetin	in te vullen	in te vullen
	GPR	in te vullen	in te vullen
	EMI	in te vullen	in te vullen
Prijs per ha (vanaf 10 ha) - mobiel		lage resolutie	hoge resolutie
	magnetometrie	in te vullen	in te vullen
	weerstandsmetin	in te vullen	in te vullen
	GPR	in te vullen	in te vullen
	EMI	in te vullen	in te vullen

”,

Luidens deel 4, punt 3.1.1 ‘Hoeveelheden’ wordt de maximale waarde van de opdracht “over de ganse looptijd en onverminderd de toepassing van art. 38 e.v. van het KB uitvoering” bepaald op 300.000 euro, btw niet inbegrepen.

3.3. Vijf ondernemingen dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partijen, de uiteindelijk gekozen inschrijver W, en drie andere inschrijvers X, Y en Z.

Met een e-mailbericht van 26 september 2024 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partijen een prijsverantwoording, als volgt (vertrouwelijk stuk waarvan de inhoud is weergegeven in de nota):

> "Bij de beoordeling en vergelijking van de verschillende offertes kwamen we tot de vaststelling dat de prijs die jullie aanbieden voor het geheel van de verschillende technieken in sterke mate afwijkt van de offertes van de andere inschrijvers. Uw totale offerteprijs wijkt 42,86 % af van de gemiddelde offerteprijs van de overige indieners.
> Bij het vergelijken van de offertes merken we dat dit niet op de toepassing van specifieke technieken betrekking heeft, maar van toepassing is op alle meetmethodes en resoluties. In uw offerte zien we op diverse punten geen verschil in prijs met het meten tegen een lage resolutie en hoge resolutie.
> Zou u daarom deze aspecten kunnen verduidelijken, en verklaringen kunnen aanreiken waarom deze prijsopgave in dergelijke mate goedkoper is dan de andere offertes?"

De verzoekende partijen verstrekken tijdig de gevraagde prijsverantwoording met een e-mailbericht van 8 oktober 2024.

3.4. Op 27 november 2024 wordt een gunningsverslag opgesteld door het agentschap Onroerend Erfgoed. Daarin wordt de offerte van de verzoekende partijen als substantieel onregelmatig beschouwd, en wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan W.

De verwerende partij beslist op 27 november 2024 de opdracht te gunnen aan W, met als bijlage het gunningsverslag dat bij de beslissing is gevoegd en er integraal deel van uitmaakt.

Het betreft de bestreden gunningsbeslissing in de zaak bekend onder rolnummer 243.810/XIV-39.707, waarin heden eveneens uitspraak wordt gedaan.

3.5. Luidens de nota maakte het gunningsverslag van 27 november 2024 ten onrechte geen melding van het feit dat inschrijver X geen ingevuld en ondertekend 'Uniform Europees Aanbestedingsdocument' had bijgevoegd en haar offerte substantieel onregelmatig diende te worden verklaard.

Op 17 december 2024 (ondertekend op 19 december 2024) wordt om die reden een nieuw gunningsverslag opgesteld.

Na het onderzoek van de formele vereisten komen vier offertes voor verdere beoordeling in aanmerking. De offerte van inschrijver X is substantieel onregelmatig wegens het ontbreken van een ingevuld en ondertekend 'Uniform Europees Aanbestedingsdocument'.

Onder punt C.2.3 'Prijs- of kostenonderzoek (art. 35 KB Plaatsing)' wordt gesteld:

> "De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijs-of kostenonderzoek conform art. 35 KB Plaatsing.
> Uit het prijs- of kostenonderzoek blijkt dat er prijzen- of kosten worden aangeboden die abnormaal lijken. De aanbestedende overheid heeft voor volgende abnormaal lijkende prijzen de inschrijvers in kwestie bevraagd.
> [de nv T.]
> 114.515,20 euro (excl. BTW)
> 138.563,40 euro (incl. BTW)
> Raming: 363.000 (incl. BTW)"

Onder punt C.2.4 'Prijs- of kostenbevraging' wordt gesteld:

> "De aanbestedende overheid onderzoekt de bij het prijs- of kostenonderzoek vastgestelde abnormaal lijkende prijzen door een bevraging van de betrokken inschrijver(s) volgens de regels van art. 36 KB Plaatsing.
> [de nv T.]:
> De aanbestedende overheid heeft de inschrijver via mail verzocht om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de abnormaal geachte prijs of kost te verstrekken binnen de gestelde termijn.
> De inschrijver antwoordde hierop binnen de gestelde termijn.
> Het gemiddelde van de andere offertes bedraagt 242.466,00 euro. De offerte van [de nv T.] voor 138.563,40 euro is een afwijking van 42,86% van dat gemiddelde. Uit de vergelijking van de offertes bleek dit significant prijsverschil niet afkomstig van de kostprijs van specifieke aangeboden technieken. Het prijsverschil gold voor alle gevraagde meetmethodes en resoluties. Het agentschap stelde daarnaast twee opmerkelijke verschillen vast, met de andere inschrijvers:
> - [de nv T.] geeft enkel voor weerstandsmeting een prijsverschil tussen de mobiele en de niet-mobiele uitvoeringswijze. Voor de drie andere technieken is de prijs gelijk. Alle andere inschrijvers gaven voor alle technieken een verschillende prijs voor de mobiele en de niet-mobiele uitvoering.

- Uit de inventaris blijkt dat [de nv T.] voor geen enkele techniek een prijsverschil geeft voor een uitvoering met een hoge of een lage resolutie. In de offertes van drie van de vier andere inschrijvers zit daar wel heel wat variatie in. Slechts één andere inschrijver hanteert hiervoor ook gelijke prijzen, maar die liggen opmerkelijk hoger dan die van [de nv T.]. Het gaat dan ook om de op één na hoogste inschrijver.
Het dossier van [de nv T.] geeft geen verklaring voor deze verschillen.
Daarom vroeg het agentschap Onroerend Erfgoed aan [de nv T.] om dit prijsverschil te duiden en te verklaren.
Op 8 oktober 2024 leverde [de nv T.] deze duiding aan via mail. [De nv T.] argumenteert dat de volgende factoren een rol spelen in het prijsverschil:
• Efficiëntie en expertise (door de ervaring van het team en de optimalisatie van processen),
• Moderne apparatuur (inzet van geavanceerde en kostenbesparende technologie),
• Schaalvoordelen (hogere productiviteit bij grotere oppervlakken. Met als gevolg een lagere prijs bij die grotere oppervlakken),
• Werken met mobiele opstellingen (snelle verplaatsing van materiaal, weinig kosten in transport en opbouw),
• Prijs/kwaliteitsverhouding (waarbij de aspecten hierboven opgenoemd worden herhaald),
• Efficiëntere aanpak bij veldwerkprojecten, o.a. door gebruik van specifieke moderne apparatuur en door flexibele en vlotte inzet van veldwerkers.
Bij vergelijking met de andere offertes, blijken deze aangehaalde factoren echter niet meer kwaliteitsvol of meer efficiënt dan bij de andere inschrijvers:
- De toegepaste technologie is niet moderner of geavanceerder dan bij de andere inschrijvers. Ook de andere inschrijvers hanteren moderne meetapparatuur en hard- en software om de gegevens te verwerken.
- Niet bij elk project kan schaalvoordeel spelen. Bovendien is dit schaalvoordeel ook een element in de prijsopgave van andere inschrijvers.
- Andere inschrijvers maken ook gebruik van mobiele opstellingen. Dit werd bovendien in het bestek gevraagd en maakt dan ook deel uit van de inventaris bij het bestek.
- De bijhorende cv’s duiden eveneens niet op meer ervaring of expertise dan bij de meeste andere offertes. Uit deze cv’s blijkt o.a. een relatief beperkte ervaring op sites in Vlaanderen t.a.v. enkele andere inschrijvers zoals [W] of [X].
- Er is bovendien geen reden om aan te nemen dat de werknemers van [de nv T.] meer flexibel of vlotter inzetbaar zijn dan andere inschrijvers.
[De nv T.] haalt in haar reactie geen argumenten aan, die verklaren waarom ze geen verschillende prijzen hanteren voor een mobiele of een niet-mobiele uitvoering en voor een hoge of een lage resolutie. Het is vreemd dat deze verschillende uitvoeringswijzen geen weerslag kennen in de prijszetting, die bovendien in zijn geheel significant goedkoper is dan de andere inschrijvers (42,86%).

> De geboden argumentatie is dus geen afdoende verklaring voor de sterk afwijkende prijszetting van [de nv T.].
> Gezien de aangeleverde verantwoordingen is de aanbestedende overheid van mening dat het totale offertebedrag een abnormaal karakter vertoont, waardoor de offerte als substantieel onregelmatig wordt beschouwd en dus van verdere beoordeling wordt uitgesloten."

Aldus wordt ook de offerte van de verzoekende partijen als substantieel onregelmatig beschouwd.

Vervolgens worden de offertes van de drie overblijvende inschrijvers getoetst aan de gunningscriteria, waaronder de prijs als volgt:

> "Het criterium van de tarifering (op 60 punten)
> Naar de bepalingen van het bestek ter zake wordt het maximum van de punten toegekend aan de laagste prijsofferte, de andere prijzen worden relatief t.a.v. deze offerte gescoord. Dit biedt het volgende resultaat:
> [Y] 44,5/60
> [Z] 60/60
> [W] 48,9/60"

Na toetsing aan de overige twee gunningscriteria 'samenstelling en deskundigheid van het team' en 'kwaliteit van de visie op de opdracht' is de definitieve rangschikking als volgt:

> "1. [W]: 88,9/100
> 2. [Z]: 80/100
> 3. [Y]: 71,5/100"

In het gunningsverslag wordt bijgevolg voorgesteld de opdracht te gunnen aan W.

3.6. De verwerende partij beslist op 19 december 2024 de opdracht te gunnen aan W, met als bijlage het gunningsverslag dat bij de beslissing is gevoegd en er integraal deel van uitmaakt.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

3.7. Op 17 februari 2025 dienen de verzoekende partijen ook een verzoekschrift tot nietigverklaring in tegen de in punt 1. (zie *supra*) vermelde beslissingen.

IV. Verzoek tot vertrouwelijke behandeling van bepaalde stukken

4. Alle partijen vragen om de vertrouwelijke behandeling van bepaalde door hen neergelegde stukken.

5. In de huidige stand van het geding stemt de Raad met toepassing van artikel 26 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: de wet van 17 juni 2013) in met het verzoek tot vertrouwelijke behandeling van deze stukken. De partijen voeren hieromtrent ook geen betwisting. De Raad mag overigens deze stukken in zijn beoordeling betrekken.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

6. 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, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

7. De verzoekende partijen voeren de schending aan van de artikelen 4, 8°, en 5, 6°, 8° en 9°, van de wet van 17 juni 2013, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de

bestuurshandelingen', de artikelen 4 en 5, § 1, van de wet 17 juni 2016 van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), van de artikelen 36 en 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 'plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren' (hierna: koninklijk besluit van 18 april 2017), artikel 10 en 11 van de Grondwet, en van de materiëlemotiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, en het zorgvuldigheidsbeginsel.

> "Doordat de bestreden beslissingen, de offerte van verzoeksters substantieel onregelmatig verklaren op grond van de overweging (i) dat de totale offerteprijs (btw inclusief) van verzoeksters 42,86% zou afwijken van het gemiddelde van de andere offertes dat 242.466,00 euro zou bedragen, (ii) dat het prijsverschil gold voor alle meetmethodes en resoluties, (iii) dat er geen prijsverschil is bij het meten van lage en hoge resoluties;
> Terwijl de motieven op grond waarvan de offerte van verzoeksters onregelmatig wordt verklaard,
> (i) zonder feitelijke grondslag zijn en materieel niet draagkrachtig zijn,
> (ii) enkel betrekking hebben op de uitgangspunten die verzoeksters als introductie van de prijsverantwoording hadden uitgezet,
> (iii) geen rekening houdt met het normaal gegeven dat prijzen in de dienstensector met intellectuele prestaties hoge variaties kunnen kennen, zonder daarom (blijkbaar) abnormaal van aard te zijn,
> (iv) geen beoordeling hebben gemaakt van de gedetailleerde kostenprijscalculatie die verzoeksters voor elke post hebben gegevens
> Terwijl het gehele verloop van de drie gunningsprocedures doet blijken dat er sprake is van machtsafwending door de aanbesteder, dat de opdracht blijkt te zijn ontworpen om één inschrijver te bevoordelen, dat blijkbaar alle middelen ertoe worden ingezet om de opdracht aan de inschrijver [W] te kunnen toewijzen."

Zij vatten het middel samen als volgt:

> "De motieven op grond waarvan de offerte van verzoeksters onregelmatig wordt verklaard, (i) zijn zonder feitelijke grondslag [en materieel niet draagkrachtig], (ii) hebben enkel betrekking op de uitgangspunten die verzoeksters als introductie van de prijsverantwoording hadden uitgezet, (iii)houden geen rekening met het normaal gegeven dat prijzen in de dienstensector met intellectuele prestaties hoge variaties kunnen kennen, zonder daarom (blijkbaar) abnormaal van aard te zijn.
> Verder doet het gehele verloop van de drie gunningsprocedures blijken dat er sprake is van machtsafwending door de aanbesteder, dat de opdracht blijkt te

> zijn ontworpen om één inschrijver te bevoordelen en dat blijkbaar alle middelen ertoe worden ingezet om de opdracht aan de inschrijver [W] te kunnen toewijzen."

8. In wat als een eerste onderdeel kan worden beschouwd, voeren de verzoekende partijen kritiek op de onregelmatigverklaring van hun offerte, en in wat als een tweede onderdeel kan worden beschouwd, voeren de verzoekende partijen machtsafwending aan.

Beoordeling

Eerste onderdeel

Vooraf

9. Overeenkomstig artikel 33 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 gaat de aanbestedende overheid, na de verbetering van de offertes overeenkomstig artikel 34, over tot het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 en, in geval van vermoeden van abnormaal hoge of lage prijzen of kosten, gaat zij over tot de in artikel 36 bedoelde prijzen- of kostenbevraging.

Artikel 35 van hetzelfde besluit bepaalt dat de aanbestedende overheid de ingediende offertes onderwerpt aan een prijs- of kostenonderzoek en zij daartoe de inschrijvers kan verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken.

Artikel 36 van hetzelfde besluit bepaalt:

> "§ 1. Indien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, voert de aanbestedende overheid een bevraging van deze laatste uit. [...]
> § 2. Bij de prijzen- of kostenbevraging verzoekt de aanbestedende overheid 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. [...]

§ 3. De aanbestedende overheid beoordeelt de ontvangen verantwoordingen en:
1° stelt ofwel vast dat het bedrag van één 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. […]
§ 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 overheid 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."

10. De grieven van de verzoekende partijen in dit eerste onderdeel hebben betrekking, enerzijds, op de prijsbevraging, en anderzijds, op de beoordeling van de ontvangen prijsverantwoording en substantieel onregelmatigverklaring van hun offerte op grond van artikel 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017.

Beslissing om (enkel) aan de verzoekende partijen een prijsverantwoording te vragen

11. De Raad van State mag, gesteld voor de toetsing van de beoordeling van de motieven van een aanbestedende overheid om prijzen al dan niet als abnormaal te beschouwen en om al dan niet een prijsverantwoording te vragen, zijn eigen beoordeling niet in de plaats stellen van die van het bestuur. Het komt aan de Raad van State enkel toe om desgevraagd na te gaan of de administratieve overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan binnen de perken van de redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen. Hierbij moet zij op zorgvuldige wijze haar beslissing voorbereiden, hetgeen impliceert dat de beslissing dient te

steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld.

12. Luidens het gunningsverslag bedraagt het gemiddelde van de andere offertes 242.466 euro (btw inbegrepen) en wijkt de offerte van de verzoekende partijen ten bedrage van 138.563,40 euro (btw inbegrepen) met 42,86% af van dat gemiddelde. Daarbij wordt vastgesteld dat uit de vergelijking van de offertes dit significant prijsverschil niet afkomstig is van de kostprijs van specifiek aangeboden technieken, maar geldt voor alle gevraagde meetmethodes en resoluties.

De verzoekende partijen stellen een “terugberekening” te hebben gemaakt aan de hand van de scores van de vier overige inschrijvers, en aan de hand van vier verschillende berekeningsmethodes, waarbij volgens hun telkens niet valt te begrijpen hoe de verwerende partij aan een gemiddelde prijs van 242.466 euro komt. Op dit punt zou de bestreden beslissing cijfermatig niet materieel draagkrachtig zijn.

De Raad van State stelt vast dat het bedrag van 242.309,27 euro (btw inbegrepen) waartoe de verzoekende partijen volgens hun eigen terugberekening komt aan de hand van de berekeningsmethode “1/4 [van] totaal 4 met btw”, bij benadering overeenstemt met het bedrag vermeld in het gunningsverslag, en hun offerte in die hypothese afwijkt met 42,82 % (in plaats van 42,86 %) van het gemiddelde. De verzoekende partijen lijken bijgevolg geen belang te hebben bij hun kritiek.

13. Voor zover de verzoekende partijen de vraag stellen waarom de verwerende partij werkt met een gemiddelde van de vier overige inschrijvers en niet naar analogie met de berekeningsmethode van artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, in welk geval de gemiddelde offerteprijs 232.088,21 euro zou bedragen, en hun offerte 40 % goedkoper zou zijn, wordt op het eerste gezicht vastgesteld dat de hypothese waarin die bepaling wordt

toegepast, namelijk “een opdracht voor diensten in een fraudegevoelige sector”, waarbij “de economisch meest voordelige offerte enkel geëvalueerd wordt op basis van de prijs”, te dezen niet is vervuld. De verzoekende partijen duiden niet om welke reden de verwerende partij verplicht zou zijn om deze bepaling “naar analogie” toe te passen. Wat er ook van zij, ook een totaalprijs die 40 % afwijkt van de gemiddelde offerteprijs kan in de gegeven omstandigheden op het eerste gezicht als een schijnbaar abnormale prijs worden beschouwd.

14. In het verzoek tot prijsverantwoording gericht aan de verzoekende partijen wordt gewezen op de vaststelling dat de prijs “voor het geheel van de verschillende technieken” in sterke mate afwijkt van de andere offertes, namelijk de totale offerteprijs wijkt 42,86 % af van het gemiddelde van de overige offertes. Vervolgens wordt gesteld dat dit prijsverschil “van toepassing is op alle meetmethodes en resoluties”, en dat er, op diverse punten, “geen verschil in prijs [is] met het meten tegen een lage resolutie en hoge resolutie”. De verzoekende partijen worden verzocht om deze aspecten te verduidelijken en verklaringen aan te reiken zodat de verwerende partij kan begrijpen waarom “deze prijsopgave in dergelijke mate goedkoper is dan de andere offertes”.

Voor zover de verzoekende partijen stellen dat zij in dit verzoek tot prijsverantwoording niet bevraagd zouden zijn geweest over het beweerd prijsverschil tussen de mobiele en niet-mobiele uitvoeringsmethode, en zij zich hierop bijgevolg niet konden verweren, worden zij op het eerste gezicht niet bijgevallen. Waar in het verzoek tot prijsverantwoording wordt gesteld dat dit prijsverschil “van toepassing is op alle meetmethodes”, is hierin impliciet doch zeker het onderscheid tussen de mobiele en niet-mobiele uitvoeringsmethode begrepen. De verstrekte prijsverantwoording gaat overigens in op de mobiele en niet-mobiele uitvoering, waaruit op het eerste gezicht mag worden afgeleid dat de verzoekende partijen dit van in het begin zo lijken te hebben begrepen.

15. De verzoekende partijen stellen dat andere inschrijvers ten onrechte niet werden bevraagd in het kader van een blijkbaar abnormale totaalprijs

of eenheidsprijzen, terwijl uit het gunningsverslag blijkt dat inschrijver Z een totale offerteprijs had die 16 % goedkoper was, en dat nog een andere inschrijver, volgens de verzoekende partijen de uiteindelijk gekozen inschrijver, evenmin een prijsverschil hanteert tussen de metingen in lage en hoge resolutie. De gelijkheid onder de inschrijvers blijkt volgens de verzoekende partijen op deze twee punten te zijn geschonden.

Te dezen lijkt op het eerste gezicht evenwel geen sprake van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen.

Wat de afwijking van inschrijver Z betreft, lijkt een afwijking van 16 % niet vergelijkbaar met een afwijking van 42 %. In de definitieve rangschikking voor de opdracht komt inschrijver Z bovendien op de tweede plaats. De omstandigheid dat de verwerende partij mogelijks onterecht heeft beslist om geen prijsverantwoording te richten aan die inschrijver, kan op het eerste gezicht niet met zich meebrengen dat de opdracht op onrechtmatige wijze zou zijn gegund aan de gekozen inschrijver. Hoogstens had de offerte van inschrijver Z onregelmatig kunnen worden verklaard, net als die van de verzoekende partijen, zonder invloed op de uiteindelijke gunningsbeslissing. In zoverre hebben de verzoekende partijen geen belang bij hun kritiek.

Voor zover de verzoekende partijen voorts stellen dat ook de gekozen inschrijver geen prijsverschillen zou hanteren voor een meting in een lage en hoge resolutie, blijkt na inzage van die offerte, vertrouwelijk stuk dat de Raad van State kan inzien, dat dit niet het geval is, zodat deze kritiek feitelijke grondslag mist. Voor zover deze kritiek ook betrekking zou hebben op andere offertes, lijken de verzoekende partijen geen belang te hebben bij hun kritiek.

16. De verzoekende partijen betogen ten slotte nog dat het te dezen een opdracht voor intellectuele diensten betreft, in welk geval volgens de rechtspraak van de Raad van State belangrijke prijsverschillen kunnen voorkomen zonder dat dit een aanwijzing is van abnormaal hoge of lage prijzen. Deze

omstandigheid lijkt op het eerste gezicht evenwel niet te verhinderen dat de verwerende partij van oordeel kon zijn dat aan de verzoekende partijen, die de laagste totale offerteprijs hebben voorgesteld, een prijsverantwoording moest worden gevraagd nadat zij een afwijking van 42,86 % van de gemiddelde totale offerteprijs had vastgesteld. Voor zover de verzoekende partijen stellen dat “de totaalprijs niet representatief [is] voor een effectieve uitvoering van de opdracht” aangezien de totaalprijs slechts een optelsom is voor één hoeveelheid van elke post en voor elke resolutie, lijkt de vaststelling te volstaan dat de verzoekende partijen de beoordelingsmethode van het gunningscriterium ‘prijs’, vastgesteld in het bestek, op zich niet betwisten, namelijk “alle gevraagde prijzen worden opgeteld [en de] opdrachtnemer met het laagste totaal krijgt het maximum (60) van de punten. De punten van de andere indieners worden berekend ten opzichte van de laagste prijs […]”.

17. De verzoekende partijen maken, gelet op wat voorafgaat, op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid, door te beslissen om (enkel) aan de verzoekende partijen een verzoek tot prijsverantwoording te richten (en niet aan de uiteindelijk gekozen inschrijver), zij de aangevoerde bepalingen en beginselen zou hebben geschonden, minstens hebben de verzoekende partijen geen belang bij hun kritiek.

Beslissing om de door de verzoekende partijen verstrekte prijsverantwoording niet te aanvaarden

18. Bij een prijsverantwoording ligt de bewijslast bij de betrokken inschrijver. Het staat aan die inschrijver om op een concrete en onderbouwde wijze het vermoeden van abnormaliteit van de prijs te weerleggen.

De aanbestedende overheid beschikt bij de toepassing van artikel 36, § 3, van het voornoemde koninklijk besluit over een beoordelingsruimte om de gegeven prijsverantwoording al dan niet te aanvaarden. Ook hier mag de Raad van State zich, gesteld voor de toetsing van een dergelijke beoordeling, niet

in de plaats stellen van het bestuur en zelf de beoordeling van de prijsverantwoording overdoen, en komt het hem enkel toe om desgevraagd de beoordeling op haar wettigheid te toetsen.

19. In hun prijsverantwoording zetten de verzoekende partijen in een eerste deel de uitgangspunten bij de opmaak van de verkoopprijs uiteen, met daarin een aantal factoren die een rol spelen in het prijsverschil, en in een tweede deel wordt voor elke post van de inventaris een kostprijscalculatie gegeven.

De prijsverantwoording gegeven door de verzoekende partijen wordt in het gunningsverslag beoordeeld als volgt (zie weergave *sub* 3.5):

> "[De nv T.] argumenteert dat de volgende factoren een rol spelen in het prijsverschil:
> […]
> Bij vergelijking met de andere offertes, blijken deze aangehaalde factoren echter niet meer kwaliteitsvol of meer efficiënt dan bij de andere inschrijvers:
> - De toegepaste technologie is niet moderner of geavanceerder dan bij de andere inschrijvers. Ook de andere inschrijvers hanteren moderne meetapparatuur en hard- en software om de gegevens te verwerken.
> - Niet bij elk project kan schaalvoordeel spelen. Bovendien is dit schaalvoordeel ook een element in de prijsopgave van andere inschrijvers.
> - Andere inschrijvers maken ook gebruik van mobiele opstellingen. Dit werd bovendien in het bestek gevraagd en maakt dan ook deel uit van de inventaris bij het bestek.
> - De bijhorende cv's duiden eveneens niet op meer ervaring of expertise dan bij de meeste andere offertes. Uit deze cv's blijkt o.a. een relatief beperkte ervaring op sites in Vlaanderen t.a.v. enkele andere inschrijvers zoals [W] of [X].
> - Er is bovendien geen reden om aan te nemen dat de werknemers van [de nv T.] meer flexibel of vlotter inzetbaar zijn dan andere inschrijvers.
>
> [De nv T.] haalt in haar reactie geen argumenten aan, die verklaren waarom ze geen verschillende prijzen [hanteert] voor een mobiele of een niet-mobiele uitvoering en voor een hoge of een lage resolutie. Het is vreemd dat deze verschillende uitvoeringswijzen geen weerslag kennen in de prijszetting, die bovendien in zijn geheel significant goedkoper is dan de andere inschrijvers (42,86%).
> De geboden argumentatie is dus geen afdoende verklaring voor de sterk afwijkende prijszetting van [de nv T.]."

20. Voor zover de verzoekende partijen in een “algemene kritiek” betogen dat in de motivering in de bestreden beslissing niet eenduidig wordt aangegeven of de totaalprijs als abnormaal wordt beschouwd, dan wel de eenheidsprijzen voor alle meetmethodes, blijkt uit de weergegeven motivering dat de totaalprijs schijnbaar abnormaal wordt bevonden, gelet op de afwijking van 42,86 % van het gemiddelde. Daarbij wordt vastgesteld dat dit significant prijsverschil niet afkomstig is van de kostprijs van bepaalde aangeboden technieken, maar geldt “voor alle gevraagde methodes en resoluties”. Daarnaast wordt vastgesteld dat, in vergelijking met de andere inschrijvers, de verzoekende partijen geen gedifferentieerde prijs (wat de prijs per hectare betreft) opgeven naargelang een mobiele of niet-mobiele uitvoering (behoudens wat de uitvoeringsmethode “weerstandsmeting” betreft), of naargelang een meting in een lage of hoge resolutie wordt gevraagd.

21. Ook niet-cijfermatige gegevens kunnen een prijsverantwoording uitmaken, des te meer indien een prijsverantwoording werd gevraagd voor de totaalprijs. Dergelijke elementen dienen alsdan echter concreet aan te tonen dat de inschrijver beschikt over uitzonderlijke omstandigheden die tot gevolg hebben dat hij, in vergelijking met de andere inschrijvers, een meer gunstige prijs kan voorstellen.

De verwerende partij lijkt op het eerste gezicht de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid niet te buiten te zijn gegaan door, om de redenen opgesomd in het gunningsverslag, te oordelen dat, in vergelijking met de andere offertes, de door de verzoekende partijen “aangehaalde factoren niet meer kwaliteitsvol of meer efficiënt blijken dan bij de andere inschrijvers”. De aangevoerde elementen lijken op het eerste gezicht voor elke inschrijver in aanmerking te kunnen worden genomen, minstens blijken de verzoekende partijen deze motieven inhoudelijk zelfs niet te betwisten.

Voor zover de verzoekende partijen alsdan stellen dat de toelichtingen die zij gaven bij de “uitgangspunten van de verkoopsprijs” op zich niet de verantwoording vormen voor de totale prijs, maar daarentegen de uitgangspunten zijn die de kostprijs van elk onderdeel in de kostprijscalculatie,

alsook de geraamde uren van specifieke onderdelen van de kostprijscalculatie verantwoorden, terwijl de verwerende partij op geen enkel ogenblik de kostprijscalculaties van elke eenheidsprijs heeft onderzocht en beoordeeld, kunnen zij op het eerste gezicht niet worden bijgevallen.

De kostprijscalculaties bij elke post lijken te dezen een loutere weergave van de prijsopbouw te betreffen, waaronder het aantal uren en de uurprijs voor het veldwerk ter plaatse, de afschrijvingskosten van de materialen, en de winst. Een prijsopbouw bij elke post met opsplitsing en uiteenzetting van de kostprijselementen, zonder enige nadere toelichting, lijkt evenwel niet van aard om het schijnbaar abnormaal karakter van de totaalprijs te kunnen weerleggen. In het bijzonder wordt in de kostprijscalculaties niet nader en concreet onderbouwd waarom (voor diverse posten) eenzelfde prijs wordt gehanteerd voor een mobiele en niet-mobiele uitvoering en een meting in lage en hoge resolutie. Het kan de verwerende partij bijgevolg niet worden verweten enkel de algemene uitgangspunten weergegeven in de prijsverantwoording in haar beoordeling te hebben betrokken.

22. Voor zover de verzoekende partijen nog stellen dat de uitvoeringsmethode “weerstandsmeting” inhoudt “dat er pinnen in de grond wordt geklopt om metingen te verrichten”, en er volgens hen bijgevolg voor die methode geen mobiele of niet mobiele uitvoering bestaat, valt alsdan op het eerste gezicht des te minder te verklaren waarom zij (enkel) voor die methode precies wel een verschillende prijs aanbieden naar gelang de mobiele en niet-mobiele uitvoering.

Voor zover zij bovendien stellen dat uit de kostprijscalculatie blijkt dat het aantal uren veldwerk ter plaatse hoger is bij een niet-mobiele meting dan bij een mobiele meting, alsook bij een meting in hoge resolutie dan wel een lage resolutie, omdat bij de mobiele meting “de verplaatsingen sneller verlopen door het gebruik van de *quad* om het meettoestel voort te trekken”, en omdat bij een meting in hoge resolutie “er meer lijnen in het onderzoekraster te scannen zijn dan bij lage resolutie (dichter bij elkaar)”, lijkt dit op het eerste gezicht geen antwoord te bieden op het motief in het gunningsverslag dat de verzoekende partijen niet verklaren waarom zij geen verschillende prijzen hanteren voor een

mobiele of een niet-mobiele uitvoering en voor een meting in hoge of een lage resolutie.

Voor zover zij nog stellen dat uit de kostprijscalculatie blijkt dat er een consequent verschil is tussen het aantal gepresteerde uren en de afschrijvingskosten afhankelijk van het gegeven of er een mobiele of niet-mobiele uitvoering is, wat impliceert de winstmarge varieert “in functie van het aantal gepresteerde uren en de overige kosten”, lijken dit op het eerste gezicht bijkomende argumenten te zijn waarmee de verwerende partij geen rekening kon houden bij het al dan niet aanvaarden van de door de verzoekende partijen verstrekte prijsverantwoording.

De omstandigheden ten slotte, dat er geen verbod bestaat op het aanbieden van eenzelfde prijs voor meerdere kosten, dat zij realistische prijzen in rekening heeft gebracht met een winstmarge voor elke eenheidsprijs, en dat de aangeboden prijzen op hetzelfde niveau liggen als deze die in 2023 werden aangeboden, lijken op het eerste gezicht niet van aard de in de offerte van de verzoekende partijen vastgestelde afwijking van 42,86 % van de gemiddelde totale offerteprijs te kunnen verantwoorden.

23. De verzoekende partijen maken, gelet op wat voorafgaat, op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid, door te beslissen de door de verzoekende partijen verstrekte prijsverantwoording niet te aanvaarden op grond van de voormelde motieven, zij de aangevoerde bepalingen en beginselen zou hebben geschonden.

24. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

25. De verzoekende partijen leggen enkele feiten voor waaruit zou blijken dat op onwettige discriminerende wijze en met machtsafwending, “[alles] in het werk is gezet om de offerte van [W] te begunstigen”.

Er is sprake van machtsafwending wanneer een overheid de bevoegdheid die haar tot het bereiken van een bepaald oogmerk van algemeen belang is gegeven, gebruikt voor het nastreven van een ander doel. Om tot een nietigverklaring te kunnen leiden, moet het ongeoorloofde oogmerk het enige doel van de bestreden handeling zijn. Het bestaan van machtsafwending kan worden afgeleid uit voldoende ernstige, welbepaalde en overeenstemmende vermoedens.

De verzoekende partijen maken dit op het eerste gezicht niet aannemelijk.

26. De omstandigheid dat twee van de drie gunningsprocedures die intussen zijn georganiseerd, in het voordeel van de thans gekozen inschrijver waren, en de omstandigheid dat de verzoekende partijen “tot tweemaal toe” uit de gunningsprocedure zijn geweerd, volstaat op zich niet om aan te tonen dat de verwerende partij haar bevoegdheid om opdrachten te sluiten in toepassing van de wet van 17 juni 2016 voor een ander doel zou hebben gebruikt.

Nadat de verzoekende partijen in de tweede procedure niet werden geselecteerd, op het eerste gezicht onrechtmatig zoals de Raad van State in arrest nr. 258.676 van 2 februari 2024 heeft vastgesteld, heeft de verwerende partij een passend rechtsherstel geboden door de beslissing tot niet-selectie in te trekken, waarna de verzoekende partijen hebben kunnen deelnemen aan de nieuwe gunningsprocedure.

De omstandigheid dat de verwerende partij de plaatsingsprocedure, na de twee vorige, heeft gewijzigd van een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking naar een openbare procedure, “waardoor het onderzoek van blijkbaar abnormale prijzen verplicht wordt”, lijkt al evenmin een aannemelijk vermoeden van machtafwending. Een algemeen prijsonderzoek als bedoeld in artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 dient steeds te worden gevoerd, ongeacht de gekozen plaatsingsprocedure. Een aanbestedende overheid, die met naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel wil handelen, is er immers toe gehouden om de regelmatigheid van een offerte na te gaan, en één van de elementen van

regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat. De aanbestedende overheid beschikt in het kader van dat algemeen prijsonderzoek over een beoordelingsruimte om alsdan al dan niet over te gaan tot een bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen, als bedoeld in artikel 36 van het voornoemde besluit.

De bewering ten slotte dat de verwerende partij de briefwisseling inzake de voorliggende gunningsprocedure “met veel vertraging” zou hebben gevoerd, met de bedoeling de verzoekende partijen te verschalken in hun verwachting dat de gunningsprocedure was afgrond met de gunningsbeslissing van 27 november 2024, waardoor de voorbereiding van de huidige vordering werd bemoeilijkt, lijkt op het eerste gezicht niet te kunnen worden aanvaard. Anders dan zij stellen, werd de thans bestreden beslissing van 19 december 2024 aan de verzoekende partijen meegedeeld, mét vermelding van de beroepsmogelijkheid bij de Raad van State “overeenkomstig de artikelen 14, 15, 23 en 24 van de [wet van 17 juni 2013]”. Blijkens de stukken uit het administratief dossier is deze kennisgeving gebeurd met een aangetekende brief verstuurd op 19 december 2024, afgeleverd aan de verzoekende partijen op 23 december 2024, en met een e-mailbericht van 29 december 2024 via e-procurement. De verzoekende partijen beschikten aldus over een termijn van vijftien dagen vanaf die laatste datum om een vordering tot schorsing tegen de thans bestreden beslissingen in te dienen.

27. De verzoekende partijen maken, gelet op wat voorafgaat, op het eerste gezicht niet aannemelijk dat er voldoende ernstige, welbepaalde en overeenstemmende vermoedens zouden kunnen worden afgeleid, die het bestaan van machtsafwending aantonen.

28. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

VII. Besluit

29. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid gericht tegen de drie bestreden beslissingen wordt dan ook verworpen.

VIII. Kosten

30. Gelet op het door de verzoekende partijen ingestelde vernietigingsberoep (zie supra punt 3.7.) wordt de beslissing over de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad gehouden.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op negentien februari tweeduizend vijfentwintig, door de Raad van State, XIVe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Johan Pas,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Johan Pas	**Patricia De Somere**