

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 262.844 van 1 april 2025
in de zaak A. 234.819/XIV-39.671**

In zake : de NV S.
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Dirk Van Heuven en Fien Duymelinck
 kantoor houdend te 2600 Antwerpen
 Cogels Osylei 61
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

 de GEMEENTE KALMTHOUT
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Simon Verhoeven
 kantoor houdend te 2600 Antwerpen-Berchem
 Prins Boudewijnlaan 18
 bij wie woonplaats wordt gekozen
 en eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Joris Lagey
 kantoor houdend te 2640 Mortsel
 Eggestraat 30

I. Voorwerp van het beroep

1.1. Het beroep, ingesteld op 14 oktober 2021, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen [van de gemeente Kalmthout] van 16 augustus 2021 houdende de gunning van de opdracht ‘Bouw nieuwe brandtoren’ aan [een derde] [...], alsook de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan [de verzoekende partij].”

1.2. Met hetzelfde verzoekschrift vordert de verzoekende partij tevens een schadevergoeding tot herstel.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 260.276 van 26 juni 2024 (ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR. 260.276) werd het beroep verworpen in de mate dat het gericht is tegen de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen, werd het debat heropend en werd het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat gelast met het aanvullend onderzoek.

Adjunct-auditeur Anke Meskens heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 februari 2025.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk Van Heuven, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Ellen Wouters, die *loco* advocaten Joris Lagey en Simon Verhoeven verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Lennard Michaux 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. De feiten zijn uiteengezet in het tussenarrest nr. 260.276 van 26 juni 2024. Er wordt naar verwezen.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Vooraf

4. Bij tussenarrest nr. 260.276 van 26 juni 2024 verwerpt de Raad van State het eerste middel en heropent hij het debat.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

5. In een tweede middel, dat twee onderdelen omvat, voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 84 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (hierna: wet van 17 juni 2016), van de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit van 18 april 2017), de artikelen 4, 8° en 5, 6° 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: wet van 17 juni 2013), van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en van het transparantiebeginsel.

In een eerste onderdeel van het tweede middel voert de verzoekende partij aan dat er een discrepantie bestaat tussen het onderzoek naar de abnormale eenheidsprijzen en het onderzoek naar de abnormale totaalprijs van de gekozen inschrijver. Zij benadrukt dat er bij het onderzoek “naar de abnormale eenheidsprijs” van de gekozen inschrijver wordt gewezen op de beperkte omvang van de *overheadkosten*, maar dat uit de meegedeelde detaillering van de eenheidsprijzen niet blijkt met welke *overheadkost* rekening is gehouden bij het

onderzoek naar de eenheidsprijzen. Die vaststelling kan volgens de verzoekende partij alleen maar betekenen dat, ofwel, de verantwoording van de totaalprijs gebrekkig is, ofwel, dat dit het geval is voor de verantwoording van de eenheidsprijzen. Zij wijst erop dat noch in de bestreden beslissing, noch in de aan de verzoekende partij meegedeelde stukken, enig spoor terug te vinden is van een verklaring voor deze “schijnbare discrepantie”, waardoor een schending van de zorgvuldigheids-, transparantie- en motiveringsplichten voorligt. Zij merkt ook op dat de verwerende partij verplicht is om een offerte te weren wanneer het abnormale karakter van een eenheidsprijs of totaalprijs niet kan worden ontkracht. Het gegrond bevinden van dit middelonderdeel leidt er volgens de verzoekende partij toe dat de opdracht aan haar, als de op één na laagste inschrijver, had moeten worden toegewezen.

In een tweede onderdeel van het tweede middel uit de verzoekende partij kritiek op een vermeende “onduidelijkheid over de in het verslag van nazicht gewenste garantie van de materiaalprijzen”. Zij betoogt dat, hoewel twee eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver als mogelijk abnormaal zijn geïdentificeerd en in het verslag van nazicht door de ontwerper wordt geadviseerd om de gekozen inschrijver een schriftelijke garantie te vragen over de betreffende materiaalprijzen, uit de bestreden beslissing niet blijkt dat dergelijke garantie over de materiaalprijzen werd gevraagd, noch dat een garantie werd gegeven.

6. In de memorie van wederantwoord herneemt de verzoekende partij haar kritiek inzake het eerste onderdeel van het tweede middel. Zij doet bijkomend het volgende gelden:

“Verwerende partij blijft zeer op de oppervlakte.

[...]

De verantwoording is ook tegenstrijdig waar er enerzijds verwezen wordt naar het feit dat de studie en engineering in eigen huis wordt gedaan en anderzijds verwezen wordt naar het feit dat de hoofdstructuur reeds werd uitgetekend in het kader van een aanbesteding. Indien de hoofdstructuur reeds werd uitgetekend, is er uiteraard geen aanzienlijke besparing die zo’n grote discrepantie kan verklaren door studie en engineering zelf inhouse te doen...

Er wordt ook verwezen naar het feit dat het basismateriaal rechtstreeks wordt aangekocht en niet via een onderaannemer. Het is nog maar de vraag wat als basismateriaal beschouwd kan worden en of dit basismateriaal een voldoende belang heeft om de lage totaalprijs te verklaren.”

Wat het tweede onderdeel betreft, herneemt de verzoekende partij in de memorie van wederantwoord eveneens hetgeen zij in haar verzoekschrift heeft uiteengezet.

Zij merkt daarenboven op dat de opmerking van de ontwerper doet vermoeden dat die laatste zélf twijfelt over de aanvaardbaarheid van de opgegeven materiaalprijzen. Deze suggestie wordt door de aanbestedende overheid niet alleen niet gevolgd, maar ook nergens beantwoord. Dat zij niet verplicht was om deze suggestie ter harte te nemen, neemt niet weg dat er op de aanbestedende overheid wel een motiveringsplicht rust. Dit is volgens de verzoekende partij des te meer het geval wanneer het verslag van nazicht, opgesteld door de ontwerper, voor het overige zonder meer wordt gevolgd.

In zoverre de verwerende partij verwijst naar het feit dat een offerte van de staalleverancier bij de verantwoording werd gevoegd, stelt de verzoekende partij dat zij geen kennis heeft van de offerte van de staalleverancier en dus evenmin van de voorwaarden die aan de prijsopgave zijn gekoppeld. Zij verzoekt de Raad van State dit te willen controleren en merkt op dat deze bijlage de ontwerper alleszins niet heeft belet om extra garanties te vragen.

7. In de laatste memorie na het aanvullend auditoraatsverslag betoogt de verzoekende partij, wat het eerste onderdeel van het tweede middel betreft, dat door de gekozen inschrijver bij de algemene toelichting van de totaalprijs en in het bijzonder ook “de bovenvermelde posten” werd verwezen naar de in principe pertinente overweging dat er bij kleine bedrijven minder *overheadkosten* (algemene werkingskosten) zijn. Er mag echter verwacht worden dat dit element terugkomt bij de detaillering van ‘de bovenvermelde posten’, hetgeen volgens haar niet het geval blijkt te zijn. Als er een volledig detail wordt gegeven van de (schijnbaar abnormaal lage) posten 03.06.11.C en 03.06.12.C en

daarin de *overheadskosten* volledig lijken te ontbreken, is er volgens haar wel degelijk sprake van een discrepantie.

Wat het tweede onderdeel van het tweede middel betreft, merkt zij nog op dat niet naast de vaststelling kan worden gekeken dat het niet bindende maar toch belangrijke advies van het studiebureau, wiens opdracht precies erin bestond om de offertes te vergelijken en een verslag van nazicht te maken, zonder meer door de verwerende partij werd genegeerd, hetgeen een motiveringsgebrek inhoudt. De argumentatie in het auditorsverslag betreft volgens haar een *ex post* motivering. Het motiveringsgebrek is volgens haar ook des te pertinenter omdat het verslag van nazicht precies werd opgesteld met kennis van zaken van de onderhandelingen en van de prijsverantwoording. Niettegenstaande de kennisname en de beoordeling van de onderhandelingen en de gegeven prijsverantwoording, adviseert het studiebureau toch om een prijsgarantie te vragen en zich juridisch te laten bevragen over de geoorloofdheid van de verantwoording van de gekozen inschrijver.

Dat de gekozen inschrijver zich door de indiening van de offerte zonder voorbehoud heeft verbonden tot het uitvoeren van de werken tegen de vermelde prijzen, belet volgens de verzoekende partij niet dat voor de zekerheid toch een prijsgarantie kan worden gevraagd.

Tot slot wordt volgens de verzoekende partij wel degelijk aannemelijk gemaakt dat de verbintenis van de gekozen inschrijver over de posten 03.06.11.C en 03.06.12.C onzeker was omdat de uiteindelijk betaalde prijs meer dan 10% hoger was dan het gunningsbedrag. Zij verwijst daarvoor naar een uittreksel van een bericht dat eerder op de website van de verwerende partij werd bekendgemaakt.

Beoordeling

Vooraf

8. Het past om het tweede onderdeel van het tweede middel eerst te behandelen.

Tweede onderdeel

9. Door het auditoraat wordt tot de ongegrondheid van het tweede onderdeel van het tweede middel besloten op grond van de volgende overwegingen:

“2. Met het tweede middelonderdeel bekritiseert de verzoekende partij de weerslag in het verslag van nazicht van het prijsonderzoek naar de schijnbaar abnormale eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver (voor de posten 03.06.11.C en 03.06.12.C). In essentie weet de verzoekende partij zich gegriefd doordat de verwerende partij niet is overgegaan tot een schriftelijke bevestiging van de materiaalprijzen, in weerwil van het advies door de ontwerper in het verslag van nazicht.

3. In het verslag van nazicht, opgesteld door Studiebureau [B.], wordt onder ‘11.1 Onderzoek abnormale eenheidsprijzen’ het volgende gesteld:

‘Uit het onderzoek naar abnormale eenheidsprijzen komen 2 mogelijks abnormale eenheidsprijzen naar voor:

03.06.[11.]C Walsprofielen in S355 [tm IDD-C.]

03.06.12.C Blanke warmgewalste koker- en buisprofielen [S355] [tm IDD-C.]

We adviseren de aanbestedende overheid om voor deze artikels hetzij prijsverantwoording te vragen aan de inschrijver, hetzij dit te behandelen in het kader van een onderhandelingsronde waarbij de inschrijver desgevallend toelichting zou kunnen geven en/of de EP'en nog kan aanpassen.

De bouwheer heeft in het kader van de onderhandelingsprocedure [tm IDD- C.] gevraagd om de prijzen van de bovenstaande 2 posten toe te lichten.

In zijn toelichting splitst IDD de betreffende eenheidsprijzen verder op in meer detail (aankoop materialen, galvaniseren, engineering, bevestigingen, prefabricatie, montage,...). De IR Stabiliteit oordeelt op basis van deze toelichting dat de gedetailleerde hoeveelheden en bijhorende eenheidsprijzen conform het ontwerp dossier zijn en marktconform ten aanzien van het tijdstip van de bieding. IDD voegt

eveneens een offerte bij van de staalhandelaar om de materiaalkost te duiden.

Daarnaast blijkt uit de onderhandelingsgesprekken met alle inschrijvers dat [tm IDD-C.] de opdracht inhoudelijk meer in detail heeft onderzocht en uitgewerkt. Hierdoor verkleint [tm IDD-C.] zijn risico en kan deze partij scherper inschrijven.

Alles samen verklaart [tm IDD-C.] zo hun mogelijkheid om laag in te schrijven op de betreffende posten en een relatief lage totaalprijs aan te bieden.

We adviseren de bouwheer om [tm IDD-C.] de garantie over deze materiaalprijzen schriftelijk te laten bevestigen en zich juridisch te bevragen over de geoorloofdheid van de verantwoording.^[...]

In algemene bewoordingen wordt in het verslag van nazicht onder ‘12. Stand van zaken’ gesteld:

‘Overeenkomstig onze overeenkomst heeft dit advies enkel betrekking op de technische overeenstemming van de offertes met de besteksbepalingen en met de bepalingen van de overheidsopdrachtenreglementering. Het al dan niet opvolgen van ons advies gebeurt volledig op Uw verantwoordelijkheid. Dit advies beoogt dus niet in de plaats te komen van uw discretionaire bevoegdheid als aanbestedende overheid. U dient op elk moment zelf in te staan voor de conformiteit van Uw beslissing met betrekking tot de gunning van de opdracht met de bepalingen van de overheidsopdrachtenreglementering. Wij raden U dan ook aan dat Uw juridische dienst ons technisch advies onderzoekt en U advies verleent omtrent de juridische gevolgen die U aan ons advies dient te verlenen in het bijzonder met betrekking tot de eventuele onregelmatigheden van de offertes, evenals de aard en de gevolgen hiervan’.^[...]

In de bestreden beslissing^[...] wordt inzake het onderzoek naar de schijnbaar abnormale eenheidsprijzen vermeld:

- ‘* Openbare werken heeft aan aannemer [tm IDD-C.] prijsverantwoording opgevraagd voor posten 03.06.11.C en 03.06.12.C
- Op 25 juni 2021 ontving het bestuur een uitgebreide prijsverantwoording van [tm IDD-C.] betreffende de voormelde posten. De inschrijver voegt een offert[e] bij van de staalhandelaar (onderaannemer) waarin deze prijzen verder worden geduid. De inschrijver heeft dan ook de betreffende eenheidsprijzen verder meer in detail opgesplitst (aankoop materialen, galvaniseren, engineering, bevestigingen, prefabricatie, montage, ...). Uit deze opsplitsing blijkt ook dat het bouwproces en het productieproces van het staal doelmatig is. De ingenieur Stabiliteit oordeelt op basis van deze toelichting dat de gedetailleerde hoeveelheden en bijhorende eenheidsprijzen conform het ontwerp dossier zijn en marktconform ten aanzien van het tijdstip van het indienen van de bieding. De inschrijver voegt eveneens een offerte bij van de staalhandelaar om de materiaalkost te duiden.’^[...]

De bestreden beslissing komt tot het besluit dat de prijsverantwoording van de eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver aanvaardbaar kan worden geacht.

4. Bij de toepassing van artikel 36, § 3, beschikt de aanbestedende overheid over een beoordelingsruimte om de gegeven prijsverantwoording al dan niet te aanvaarden.

De Raad van State kan zich hierbij niet in de plaats van het bestuur stellen, en alleen een kennelijk onredelijke beslissing kan worden gesanctioneerd.

Te dezen maakt het verslag van nazicht deel uit van de bestreden beslissing.^[...]

5. De bekritiseerde passage om de materiaalprijzen schriftelijk te laten bevestigen situeert zich in het onderdeel ‘11. Onderzoek abnormale prijzen’ in het verslag van nazicht. Deze passage volgt op de uitdrukkelijke vermelding dat de ‘bijhorende eenheidsprijzen conform het ontwerp dossier zijn en marktconform ten aanzien van het tijdstip van de biding. IDD voegt eveneens een offerte bij van de staalhandelaar om de materiaalkost te duiden’ en op het besluit in het verslag van nazicht dat de gekozen inschrijver zijn mogelijkheid verklaart’ [...] om laag in te schrijven op de betreffende posten en een relatief lage totaalprijs aan te bieden’.

Het advies dat daarop volgt, namelijk om ‘de materiaalprijzen schriftelijk te laten bevestigen’ en om zich juridisch rekenschap te geven van de prijsverantwoording is daarentegen weinig concreet en blijkt veeleer een algemeen voorbehoud van het studiebureau te vormen bij haar bevindingen inzake het prijsonderzoek, namelijk dat de eenheidsprijzen voldoende worden verantwoord.

De lezing van die passage als ‘algemeen voorbehoud’, veeleer dan er juridische gevolgen aan te koppelen die deze passage niet heeft en die haaks zouden staan op de daaraan voorgaande bevindingen dat de prijzen marktconform zijn, vindt ook steun in het hiervoor vermelde voorbehoud onder ‘12. Stand van zaken’.^[...]

Door het advies van het studiebureau om schriftelijke bevestiging te vragen van de materiaalprijzen en zich juridisch rekenschap te geven van de prijsverantwoording te kwalificeren als noodzakelijke voorafgaandelijke stap voor het aanvaarden van de prijsverantwoording, koppelt de verzoekende partij aan dit algemeen voorbehoud dus een draagwijdte die zij niet heeft.

6. Het gegeven dat er door de aanbestedende overheid aan dit algemene voorbehoud geen gevolg wordt gekoppeld, en er aldus geen garantie werd gevraagd door de aanbestedende overheid, wijst op zich ook niet op een onzorgvuldig prijsonderzoek.

In ieder geval geeft de bestreden beslissing zelf wel degelijk blijk van een beoordeling van het realistisch karakter van de eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver voor de posten 03.06.11.C en 03.06.12.C.

Wat de materiaalkost betreft, blijkt uit het administratief dossier zowel voor post 03.06.11.C (‘walsprofielen in S355’) als voor post 03.06.12 (‘blanke warmgewalste koker- en buisprofielen S355’), dat de gekozen inschrijver in haar prijsverantwoording, elk afzonderlijk, verwijst naar de prijs van de materialen en dat zij de offerte van haar staalleverancier aan de prijsverantwoording toegevoegd.^[...] Die offerte blijkt de opgegeven materiaalkost te bevestigen.^[...] De gekozen inschrijver licht ook toe welke hoeveelheden zij nodig heeft en in haar prijs heeft verrekend. Ook legt zij uit dat de kosten gerelateerd aan de montage in een andere post zijn vervat.^[...]

Op zich volstaan die elementen voor het aanvaarden van de prijsverantwoording.

Al evenmin slaagt de verzoekende partij erin een schending van de formele motiveringsplicht aan te tonen. Bij het onderzoek naar het afdoend karakter van de motieven moet immers rekening worden gehouden met het geheel van de in de bestreden beslissing uitgedrukte motieven en niet met één of meer door de verzoekende partij selectief bekritiseerde onderdelen van de motivering, te meer wanneer het om een algemeen voorbehoud van het studie bureau blijkt te gaan. Het volstaat immers dat de motivering in haar geheel afdoende is, wat te dezen het geval blijkt te zijn.

De verzoekende partij toont niet aan dat de overwegingen opgenomen in de bestreden beslissing onjuist of onredelijk zijn, noch verduidelijkt zij concreet en specifiek waarom een zorgvuldig handelend bestuur in de gegeven omstandigheden niet tot een dergelijk oordeel kon komen zonder een garantie van de materiaal prijzen te vragen.

Zoals de verwerende partij terecht opmerkt, heeft de gekozen inschrijver zich door de indiening van haar offerte juist voorbehoudloos verbonden tot het uitvoeren van de werken tegen de vermelde prijzen.

Uit de prijsverantwoording, vertrouwelijk stuk dat het auditoraat in haar beoordeling mag betrekken, blijkt evenmin dat de gekozen inschrijver enig voorbehoud heeft gemaakt bij haar offerte, i.e. de verbintenis om de opdracht uit te voeren tegen de aangeboden voorwaarden.

In die omstandigheden moet niet van de aanbestedende overheid worden verwacht dat zij iedere verbintenis bijkomend controleert, en elk element van verantwoording bijkomend laat ‘garanderen’, op het risico af het prijs onderzoek onwerkbaar te maken.

De verzoekende partij maakt voorts op geen enkele wijze aannemelijk dat de verbintenis van de gekozen inschrijver op dat punt onzeker is, zodat desgevallend bijkomend een garantie van de materiaal prijzen moest worden gevraagd.

7. Overigens moet daarbij worden bedacht dat, net zoals het gegeven dat de prijzen correct zijn als dusdanig geen gegeven is dat de schijn van abnormaliteit kan wegnemen^[...], niet valt in te zien hoe het ontbreken van een ‘garantie’ of ‘waarborg’ waarmee louter de correctheid van de prijzen zou worden aangetoond, een impact kan hebben gehad op de beoordeling van de prijsverantwoording.

8. Het tweede middel onderdeel moet worden verworpen.”

10. In zoverre de verzoekende partij in haar laatste memorie na het aanvullend auditoraatsverslag betoogt dat het belangrijke advies van het studie bureau zonder meer door de verwerende partij werd genegeerd en dat het motiveringsgebrek volgens haar des te pertinenter is omdat het verslag van nazicht precies werd opgesteld met kennis van zaken van de onderhandelingen en van de prijsverantwoording, herhaalt zij op parafraserende wijze haar standpunt zoals uiteengezet in het verzoekschrift en de memorie van wederantwoord. Waar zij

kritiek uit op het auditorsverslag in de zin dat er sprake zou zijn van een *ex post* motivering gaat zij eraan voorbij dat de motivering in het verslag van nazicht in haar geheel moet worden gelezen.

In zoverre de verzoekende partij nog laat gelden dat het feit dat de gekozen inschrijver zich door de indiening van de offerte zonder voorbehoud heeft verbonden tot het uitvoeren van de werken tegen de vermelde prijzen, niet belet dat voor de zekerheid toch een prijsgarantie kan worden gevraagd, toont zij niet aan dat de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen de verwerende partij hiertoe verplichten.

In de mate dat de verzoekende partij voorts nog argumentatie put uit het feit dat de uiteindelijk betaalde prijs meer dan 10% hoger was dan het gunningsbedrag, wijst de verwerende partij er in haar laatste memorie na het aanvullend auditorsverslag op dat dit verschil meerdere oorzaken kan hebben en in het voorliggende geval, naast enkele meer- en minwerken, vooral verklaard wordt door een hoge prijsherziening aangezien de index tijdens en vlak na de coronapandemie sterk gestegen is. Het enkele gegeven dat de totale kostprijs voor de uitvoering van de werken finaal hoger blijkt te liggen dan het gunningsbedrag is dan ook niet van aard om aan te tonen dat de verbintenis van de gekozen inschrijver over de posten 03.06.11.C en 03.06.12.C onzeker was of dat de verwerende partij een gebrekkig prijsonderzoek zou hebben gevoerd.

11. De Raad van State ziet geen reden om het anders te zien dan het auditoraat en bevindt aldus, na eigen onderzoek, de redenering van het auditorsverslag bijvallend, het tweede onderdeel van het tweede middel ongegrond.

Eerste onderdeel

12. In het eerste onderdeel van het tweede middel voert de verzoekende partij aan dat er een discrepantie bestaat tussen het onderzoek naar de abnormale eenheidsprijzen en het onderzoek naar de abnormale totaalprijzen

aangezien in dat laatste onderzoek sprake is van beperkte *overhead*kosten nu de gekozen inschrijver een kleine onderneming is, terwijl uit de verstrekte prijsverantwoording inzake de eenheidsprijzen niet blijkt met welke *overhead*kost rekening is gehouden.

13. In zoverre de verzoekende partij voor het eerst in haar memorie van wederantwoord bijkomend kritiek uit op twee andere elementen uit de door de gekozen inschrijver verstrekte bijkomende prijstoelichting van 12 augustus 2021 is haar grief niet-ontvankelijk. Het blijkt immers niet dat zij deze kritiek niet reeds in haar inleidend verzoekschrift had kunnen ontwikkelen.

14. Door het auditoraat wordt tot de ongegrondheid van het eerste onderdeel van het tweede middel besloten op grond van de volgende overwegingen:

“9. Artikel 84 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ luidt:

‘De aanbestedende overheid voert een prijzen- of kostenonderzoek uit 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 haar verzoek verstrekken de inschrijvers tijdens de plaatsingsprocedure alle nodige inlichtingen om dit onderzoek mogelijk te maken.’.

Overeenkomstig artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 dient de aanbestedende overheid de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek te onderwerpen.

Ook het algemeen prijsonderzoek vereist een nauwgezette controle van alle bedragen van elke offerte en een onderlinge prijsvergelijking van alle eenheids- en totaalprijzen van alle offertes.

De aanbestedende overheid beschikt in het kader van een dergelijk prijsonderzoek, als bedoeld in artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, 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.

Deze beoordelingsruimte lijkt des te meer aanwezig in geval het om een onderhandelingsprocedure gaat, zoals te dezen.^[...]

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 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.

Indien een aanbestedende overheid in het kader van het algemeen prijs- en kostenonderzoek met toepassing van artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 tot de vaststelling komt dat er geen abnormale prijzen zijn, [vereist] de formelemotiveringsplicht niet [...] dat dit onderzoek *in extenso* wordt weergegeven in het gunningsverslag of in de bestreden beslissing.

Op grond van de materiële motiveringsplicht moet echter wel uit het administratief dossier blijken dat de aanbestedende overheid een algemeen prijs- en kostenonderzoek heeft gevoerd, onder meer dat zij de prijzen van elke offerte op zorgvuldige wijze heeft nagekeken. De motieven op grond waarvan zij alsdan van oordeel is dat de aangeboden prijzen niet abnormaal zijn, dienen dan eveneens uit het dossier te blijken.

Artikel 36, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt dat, indien uit dit algemeen prijs- of kostenonderzoek blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, de aanbestedende overheid een bevraging uitvoert. Artikel 36, §§ 2 tot 4, bevat nadere bepalingen in verband met dat bijzonder onderzoek.

De Raad van State mag zich in de uitoefening van zijn wettigheidscontrole niet in de plaats van die overheid stellen, doch mag desgevraagd wel nagaan onder meer of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is geschied en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven. Een aanbestedende overheid, die met naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel wil handelen, is er wel 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.

Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat het bestuur zijn 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. Een aanbestedende overheid, die met naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel wil handelen, is er wel 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.

10. In het eerste middelonderdeel betoogt de verzoekende partij, samengevat, dat de verwerende partij de totaalprijs van de gekozen inschrijver aanvaard heeft aan de hand van de aangeleverde verantwoording zonder daarbij vast te stellen of de verantwoording, in het bijzonder m.b.t. de beperkte overheadkosten, steun vindt in de eenheidsprijzen.

Zoals vermeld, beschikt de aanbestedende overheid in de gevallen waarin artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing niet van toepassing is, zoals te dezen, bij het al dan niet opstarten van de procedure van blijkbaar abnormale prijzen over een ruime discretionaire bevoegdheid. De Raad van State mag zich in de uitoefening van zijn wettigheidscontrole niet in de plaats van die overheid stellen, doch mag desgevraagd wel nagaan onder meer of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is geschied en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.^[...]

Een aanbestedende overheid, die met naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel wil handelen, is er wel 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.^[...]

11. Allereerst moet worden opgemerkt dat, in zoverre de verzoekende partij in het verzoekschrift aanvoert dat er ‘in het onderzoek naar de abnormale eenheidsprijs’ sprake is van ‘beperkte overheadkosten’, deze kritiek grondslag mist.^[...]

De verwijzing naar de beperkte ‘overheadkosten’ is immers niét als verantwoording opgenomen bij het prijsonderzoek naar de twee schijnbaar abnormale eenheidsprijzen waarover de gekozen inschrijver bevraagd is, maar wordt integendeel enkel vermeld in het kader van de ‘bijkomende toelichting’ over de inschrijvingsprijs van de gekozen inschrijver, die de verwerende partij aan de gekozen inschrijver gevraagd heeft naar aanleiding van de klacht van de verzoekende partij. Dat blijkt overigens de essentie van haar kritiek te zijn.

12. Anders dan de verzoekende partij het stelt, was de verwerende partij er niet toe gehouden om de ‘overheadkosten’ mee in rekening te nemen bij de twee bevraagde eenheidsprijzen, minstens toont de verzoekende partij niet aan waarom een expliciete ‘breakdown’ van de ‘overheadkosten’ bij de twee bevraagde eenheidsprijzen een ander licht op de beoordeling van de prijsverantwoording in het kader van de eenheidsprijzen zou kunnen werpen. Ten andere is het niet uitgesloten dat de ‘overheadkosten’ in werkelijkheid, zelfs impliciet, zijn verrekend in andere posten.

Het voorgaande nuanceert reeds het uitgangspunt van de verzoekende partij dat er een ‘discrepantie’ zou bestaan tussen de verantwoording van [de] totaalprijs en de verantwoording van de eenheidsprijzen.

13. Het gegeven dat de overheadkosten niet afzonderlijk aan bod kwamen bij het onderzoek naar de bevraagde eenheidsprijzen, is in ieder geval geen element dat het representatief karakter van de totaalprijs ondermijnt.

Met haar kritiek verliest de verzoekende partij het onderscheid uit het oog tussen enerzijds de fase van het algemeen prijsonderzoek, en anderzijds de fase van het – hier niét doorgevoerd – bijzonder onderzoek naar een schijnbaar abnormale inschrijvingsprijs, met eventuele vraag tot prijsverantwoording.

In zoverre de verzoekende partij met haar kritiek over de ‘overheadkosten’ de aanvaarding van de totaalprijs viseert, blijkt immers dat de aanbestedende overheid er in redelijkheid van mocht uitgaan, gelet op diens ruime beoordelingsruimte – zeker in een onderhandelingsprocedure zoals te dezen-, dat de totaalprijs van de gekozen inschrijver geen schijnbaar abnormaal karakter vertoonde. Niet zonder relevantie daarbij is dat de totaalprijs van de gekozen inschrijver slechts in beperkte mate afwijkt van de raming.

Bijgevolg was de verwerende partij er op grond van het zorgvuldigheids- en gelijkheidsbeginsel niet toe gehouden de gekozen inschrijver in het kader van het bijzonder prijs- en kostenonderzoek te bevragen over diens totaalprijs.

De verzoekende partij maakt alvast niet aannemelijk dat de totaalprijs van de gekozen inschrijver van dien aard is dat zij een schijnbaar abnormaal karakter vertoont en moest worden bevraagd.

Zij toont daarbij evenmin aan waarom een zorgvuldig handelend bestuur niet tot een dergelijk oordeel kon komen, namelijk dat de totaalprijs van de gekozen inschrijver niet schijnbaar abnormaal was omwille van de beperkte afwijking van de raming en al evenmin gezien de verantwoording van de afwijkende eenheidsprijzen. Het gegeven dat de overheadkosten niet afzonderlijk aan bod kwamen bij het onderzoek naar de bevraagde eenheidsprijzen, is in ieder geval geen element dat het representatief karakter van de totaalprijs ondermijnt.

Alleen al om die reden faalt de kritiek van de verzoekende partij.

14. Voorts gaat het de grenzen van een redelijke beoordeling niet te buiten, in het kader van de beoordeling van de voormelde toelichting, dat de gekozen inschrijver een kleine onderneming is zodat ‘overheadkosten’ kunnen worden vermeden.

Overigens doet de verzoekende partij met haar kritiek op ‘de beperkte overheadkosten’, die louter als ‘bijkomende toelichting’ bij de totaalprijs werd gegeven, niets méér dan één geïsoleerd element uit de – door het bestuur bijgevallen - toelichting te bekritisieren. De verzoekende partij gaat er daarbij aan voorbij dat de verwerende partij zich in het kader van de bijkomende toelichting van de inschrijvingsprijs niet alleen blijkt te hebben vergenoegd met de verwijzing naar de beperkte overheadkosten, maar heeft ook andere, door de gekozen inschrijver aangedragen motieven als ‘bijkomende toelichting’, aanvaardbaar geacht.

15. In die omstandigheden verdient het eerste middelonderdeel geen bijval.”

15. In zoverre de verzoekende partij in de laatste memorie na het aanvullend auditoraatsverslag betoogt dat, ook wanneer in het kader van een algemene toelichting van de totaalprijs wordt gewezen op beperkte *overheadkosten* mag worden verwacht dat dit element terugkomt bij de detaillering van de eenheidsprijzen, gaat zij eraan voorbij dat dit slechts één van de elementen betreft waar de gekozen inschrijver op algemene wijze en onder de vorm van een niet-cijfermatige toelichting op heeft gewezen in het kader van de bijkomende prijstoelichting bij de totaalprijs. Dat in een cijfermatige prijsverantwoording van twee eenheidsprijzen die eerder werd verstrekt, niet uitdrukkelijk wordt verwezen naar beperkte *overheadkosten*, toont op zich niet aan dat de toelichting bij de totaalprijs gebrekkig is, noch dat er sprake is van abnormale eenheidsprijzen. De *overheadkosten* kunnen immers reeds verrekend zijn in de opgegeven prijs- en kostenbestanddelen. Er blijkt dan ook niet dat de verwerende partij een onzorgvuldig prijsonderzoek zou hebben gevoerd door geen discrepantie tussen

enerzijds de prijsverantwoording voor twee schijnbaar abnormale eenheidsprijzen en anderzijds de bijkomende prijsstoelichting bij de totaalprijs vast te stellen.

16. De Raad van State ziet geen reden om het anders te zien dan het auditoraat en bevindt aldus, na eigen onderzoek, de redenering van het auditoraatsverslag bijvallend, het eerste onderdeel van het tweede middel ongegrond.

Besluit

17. Het tweede middel, in zijn beide onderdelen, kan niet worden aangenomen.

V. Schadevergoeding tot herstel

18. In haar verzoekschrift formuleert de verzoekende partij een verzoek om schadevergoeding tot herstel (hierna: schadevergoeding).

19. Op grond van artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de Raad een schadevergoeding toekennen indien de daarom verzoekende partij “een nadeel heeft geleden omwille van de onwettigheid van de akte, het reglement of de stilzwijgend afwijzende beslissing”.

Artikel 25/3, § 3, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ bepaalt dat “[i]ndien geen onwettigheid wordt vastgesteld, [...] het arrest dat de procedure tot nietigverklaring afsluit, eveneens het verzoek om schadevergoeding tot herstel af[wijst]”.

Tot een vaststelling van een onwettigheid is de Raad van State in dit arrest, dat de procedure tot nietigverklaring afsluit, niet gekomen. Die vaststelling alleen volstaat reeds om het verzoek tot schadevergoeding af te wijzen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De Raad van State verwerpt het verzoek tot schadevergoeding tot herstel.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

4. Het onverschuldigd betaalde bedrag in verband met het verzoek tot schadevergoeding tot herstel, begroot op een rolrecht van 200 euro en een bijdrage van 20 euro, dient aan de verzoekende partij te worden terugbetaald.

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

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Patricia De Somere,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Geert Debersaques