

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 263.795 van 27 juni 2025
in de zaak A. 229.794/XIV-39.561**

In zake : de NV V.
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Filip Geerts
 kantoor houdend te 9300 Aalst
 Bauwensplein 1/10
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

 de GEMEENTE WICHELEN
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Gitte Laenen
 kantoor houdend te 2800 Mechelen
 Antwerpsesteenweg 16-18
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 19 december 2019, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Wichelen van 29 november 2019 waarbij de opdracht voor aanneming van werken inhoudende de realisatie van de nieuwbouw van het sportgebouw ‘Sportpark Bellekouter’ (perceel 1 - deel architectuur en stabiliteit: pilootaanneming) te Schellebelle (Wichelen), wordt gegund aan de bv R., alsmede van de impliciete beslissing om de offerte van de verzoekende partij niet te rangschikken als de voordeligste regelmatige offerte en om de opdracht niet aan haar te gunnen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 259.703 van 8 mei 2024 heropent de Raad van State het debat.

Auditeur Thomas Maes heeft een aanvullend verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 januari 2025.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Ann-Sofie Custers, die *loco* Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 feiten zijn uiteengezet in arrest nr. 259.703 van 8 mei 2024. Er wordt naar verwezen.

In het kader van de beoordeling van het tweede en derde middel zijn de volgende feiten nog relevant.

3.2. In de ‘Technische contractuele bepalingen’ van het bijzonder bestek wordt bepaald:

“23. DORPELS, PLINTEN, PREFAB PANELEN EN DEKSTENEN

23.00. dorpels, plinten en dekstenen - algemeen

Omschrijving

De werken omvatten:

het plaatsen en verwijderen van alle voor de werken vereiste stellingen, afdekzeilen en beschermingswerken;
de controle en de voorbereiding van het draagvlak en de ondergrond;
de controleopmeting van de juiste afmetingen tijdens of na uitvoering van de ruwbouw;
de voorbereiding, werkhuistekeningen en prefabricatie van alle voorziene gevelelementen;
de vereiste bevestigingselementen met de andere bouwelementen (ankers, doken, rails, ...);
de bevestiging en het inmetelen van de dorpels, plinten en dekstenen, met inbegrip van de legmortels, verankeringsselementen, vochtisolaties, uitzettingsvoegen, voegwerk, opvulkitten, ...;
de beschermingsmaatregelen, nabehandelingen;
het opruimen en schoonmaken van de bouwplaats.

[...]

23.04. algemeen – architectonisch beton

De elementen van geprefabriceerd architectonisch beton voldoen aan de hoge kwaliteitseisen zoals opgenomen in het normatief document PTV 21-601 (verkrijgbaar bij PROBETON of FEBE) voor geprefabriceerd architectonische (en niet industriële) elementen van sierbeton. De elementen worden op maat gemaakt, oefenen een esthetische functie uit en worden in de fabriek vervaardigd, afgewerkt en daarna op de bouwplaats geleverd en/of gemonteerd met behulp van de nodige manipulatie- en verankeringsystemen.

Indien het element in architectonisch beton ook een dragende functie heeft, moet het ook beantwoorden aan de betreffende normen:

[...]

De volledige lijst van normen die van toepassing kunnen zijn is te raadplegen op www.febe.be/producten.

De onder deze post begrepen eenheidsprijzen omvatten:

- In onderaanneming te geven aan één van de gespecialiseerde fabrikanten van architectonisch beton, lid van de vereniging FEBELARCH (lijst op www.febelarch.be) - de prefabricatie van de elementen volgens de voorgeschreven vormen, afmetingen en afwerking
- In onderaanneming te geven aan de prefab fabrikant of gespecialiseerd aannemer of gespecialiseerd personeel - het transport, en het op peil brengen van de geprefabriceerde elementen met de constructies
- Uit te voeren door de aannemer zelf - het eventueel inwerken van buizen voor de waterafvoer doorheen het beton - de voorbereiding van het draagvlak en/of de steunen - de eventuele beschermingsmaatregelen van het paramentwerk tijdens de werkzaamheden - het stellen, regelen en verankeren van de verschillende elementen aan de basisconstructie; met inbegrip van de nodige bevestigings-, oplegmiddelen, thermische onderbrekingsinrichtingen en uitzettingsvoegen - het opgieten, opvoegen en/of opkitten met een aangepaste elastische kit.

[...]

23.70. gevelpanelen – algemeen

23.71. gevelpanelen - architectonisch beton/malgevormde textuur FH m²

[...]

Materiaal
 Volgens artikel 23.02.
 Specificaties
 Betondekking: minimum 30 mm
 Oppervlak: volgens afdruk van een mal met belijning met verticaliteit, vrij te kiezen uit het gamma van de malproducent.
 Hoek: afgerond.
 Profiel: zijopstand
 Kleur: lichtgrijs
 Afmetingen: modulaire stroken
 Uitvoeringsplannen worden op voorhand voorgelegd aan de architect.
 Omschrijving
 Gevelbekleding gelijkvloers
 [...]

Uitvoering
 De panelen worden gezet voordat de breedplaatvloeren worden geplaatst.
 De panelen worden loodrecht, haaks en goed vlak opgesteld volgens de op plan aangegeven verbandtekening en in samenspraak met de ontwerper.
 Alle voegen worden perfect afgewerkt met een waterdichte plastische voegmortel of siliconen kitvoeg, aangepast aan de kleurtint van het beton.

Toepassing
 Gevelpanelen gelijkvloers
 [...]

40.12.10 profielsysteem – aluminium/vaste ramen

Meting
 meeteenheid: per m²
 meetcode [...]

aard van de overeenkomst: Forfaitaire Hoeveelheid (FH)

Materiaal
 [...]

Toepassing
 Zie 40.04. buitenschrijnwerk - borderel”

3.3. Met een brief van 20 september 2019 verzoekt de verwerende partij aan elk van de vijf inschrijvers om een aantal eenheidsprijzen te verantwoorden.

3.4. Een hernieuwde beoordeling van de offertes resulteert in een verslag van nazicht van 7 november 2019.

In punt 6 ‘Prijsonderzoek’ worden de totaalprijzen en de eenheidsprijzen onderzocht. Het nazicht van de eenheidsprijzen luidt onder meer:

“Wat de eenheidsprijzen betreft, werd een onderzoek uitgevoerd waarbij de posten individueel werden bekeken en vergeleken enerzijds ten opzichte van de raming en anderzijds ten opzichte van de eenheidsprijzen van de andere inschrijvers. Daarbij werden enkel die posten onderzocht die een

aandeel van meer dan 2,5% vertegenwoordigen in de totaliteit van de opdracht (zijnde niet-verwaarloosbare posten).

Het rekenkundig gemiddelde van elke post werd bekeken zonder laagste en duurste eenheidsprijs (kolom 6 tabel 12).

De eenheidsprijzen van volgende posten werden nagekeken:

	Art	omschrijving	hoeveelheid	totaal	Gemiddelde prijs, laagste en hoogste prijs niet mee-gerekend	Gewicht post tov gem. inschrijvings bedrag
x	02.00	Bouwplaats-Voorzieningen	[...]	[...]	€54.697,837	3,1%
x	10.43.11	Grondverzet	[...]	[...]	25,057 €/m ³	2,8%
x	23.71	Gevelpanelen	[...]	[...]	257,83 €/m ²	5,1%
x	40.12.10	Profielsysteem-aluminium/vaste ramen	[...]	[...]	402,233 €/m ²	5,1%
[...]						

Dan werd overgegaan tot bepalen van de eenheidsprijzen die een schijnbaar afwijkend karakter hebben (kolom 1: x = afwijkend voor 1 of meer inschrijvers). [...]

De afwijkende prijzen werden bepaald adhv. [v]olgende criteria:

Gewicht post maximale afwijking tov. gemiddelde

2,5% -> 25%

5% -> 15%

Op deze manier werden volgende eenheidsprijzen bij desbetreffende posten als schijnbaar afwijkend benoemd:

1. [nv D.]

02.00	Bouwplaatsvoorzieningen - algemeen	+
23.71	Gevelpanelen – architectonisch beton/malgevormde textuur	+
40.12.10	Profielsysteem – aluminium/vaste ramen	-

[...]

3. [bv R.]

10.43.11	Grondverzet – afvoer uitgegraven bodem/naar bestemming voor gebruik – kwaliteit bouwkundig bodemgebruik	+
23.71	Gevelpanelen – architectonisch beton/malgevormde textuur	-

[...]

5. [de verzoekende partij]

23.71	Gevelpanelen – architectonisch beton/malgevormde textuur	+
-------	--	---

Dit overzicht geeft aan dat er voor een 7 tal posten een brede vork aan eenheidsprijzen gehanteerd is door de inschrijvers. Zowel in plus als in min. Om deze schijnbaar afwijkend aangeduide eenheidsprijzen terdege te kunnen onderzoeken [werd] er voor bovenstaande posten een prijsbevraging uitgevoerd in toepassing van art. 36 § 1 van het koninklijk besluit van 18.04.2017 betreffende plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren. De 5 inschrijvers bezorgden tijdig een antwoord.

Alle prijssamenstellingen werden toegelicht waarbij de eenheidsprijzen onveranderd bleven.

We merken op dat er na de ontvangen verantwoordingen uitgaande van de inschrijvers geen substantiële onregelmatigheden zijn.

1. [nv D.]

Een gedetailleerde toelichting werd aangeleverd. De inschrijver geeft de achterliggende berekeningen achter de opgegeven bedragen.

02.00	Bouwplaatsvoorzieningen – algemeen	Inschrijver verwijst naar haar ruime ervaring voor deze projecten en het relatieve gewicht van de eenheidsprijs in verhouding tot de totaalprijs. Percentage bouwplaatsvoorzieningen op de totaalprijs voor dit soort project is marktconform, op basis van 30 jaar ervaring.
23.71	Gevelpanelen – Architectonisch beton/malgevormde textuur	Gedetailleerde prijs offerte van gespecialiseerde en ervaren leverancier voor architectonisch beton
40.12.10	Profielsysteem – aluminium/vaste ramen	Prijsgunstige eenheidsprijs van getrouwe onderaannemer, gespecialiseerd in aluminium schrijnwerk

[...]

3. [bv R.]

Een gedetailleerde toelichting werd aangeleverd.

10.43.11	Grondverzet – afvoer uitgegraven bodem/naar bestemming voor gebruik – kwaliteit bouwkundig bodemgebruik	De prijs is berekend aan de hand van de grondcode 921, wat vervuilde grond is. De afvoer van vervuilde grond is duurder. Ook werd er rekening gehouden met het transport en de kilometerheffing
23.71	Gevelpanelen – architectonisch beton/malgevormde textuur	Meest conforme en economische oplossing. Er werd een detailweergave van de prijscomponenten voorgelegd. De kosten voor het leveren kraanwerk worden in een andere post (werfinrichting) verrekend, net zoals de kosten voor bescherming van deze panelen en de productieplannen

[...]

5. [de verzoekende partij]

De inschrijver heeft zijn eenheidsprijs uitvoerig en gedetailleerd gestaafd met behulp van cijfermatige gegevens en verwezen naar technische voorschriften inzake geprefabriceerde elementen van architectonisch beton.

23.71	Gevelpanelen – architectonisch beton/malgevormde textuur	Er wordt een overzicht geboden van de verschillende componenten waaruit de prijs bestaat. De inschrijver verwijst ook naar de fabricatie van architectonisch beton. Deze moet voldoen aan hoge kwaliteitseisen en strenge normen. Hij wijst ook op de duurdere transport- en plaatsingskosten omwille van het delicaat karakter van het betontype.
-------	--	--

”

Na nazicht van de prijzen, worden de offertes opnieuw gerangschikt, als volgt (prijzen btw inbegrepen):

1) de bv R.	2.034.741,89 euro;
2) de nv D.	2.089.548,78 euro;
3) de nv B.	2.126.586,17 euro;
4) de verzoekende partij	2.169.223,87 euro;
5) de nv S.	2.200.074,04 euro.

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de bv R.

3.5. Op 29 november 2019 beslist de verwerende partij, verwijzend naar het gunningsverslag, om de opdracht te gunnen aan de bv R.

Dit is de bestreden beslissing.

3.6. Met een brief van 10 december 2019 deelt de verzoekende partij aan de verwerende partij het volgende mee:

“Hierbij verzoeken wij u ons de door de inschrijvers gegeven prijsverantwoordingen te willen meedelen zodat hiervan een nazicht gedaan kan worden.
[...].”

Met een brief van 18 december 2009 antwoordt de verwerende partij als volgt:

“1. Uw verzoek tot overhandiging van de prijsverantwoordingen, zoals verstrekt door de betrokken inschrijvers kan niet ingewilligd worden. Prijsverantwoordingen bevatten immers delicate en vertrouwelijke informatie zoals eenheidsprijzen, specifieke en eigen werkwijzen, bedrijfsgevoelige knowhow e.d., dewelke eigen zijn aan de inschrijver en die hem in staat stellen zich te onderscheiden van zijn concurrenten. Prijsverantwoordingen worden beschouwd als informatie waarvan de openbaarmaking aan andere inschrijvers een onrechtmatig voordeel zou verschaffen.
[...]
2.[...].”

IV. Verzoek tot vertrouwelijke behandeling van bepaalde stukken

4. De verwerende partij vraagt om de vertrouwelijke behandeling van bepaalde door haar neergelegde stukken die zij in de inventaris als

vertrouwelijk aanduidt en waarbij zij de redenen opgeeft waarom zij om die vertrouwelijke behandeling vraagt. Het betreft de offertes en prijsverantwoordingen verstrekt door alle inschrijvers (becommentarieerd door de ontwerper), alsook een vergelijkende prijzentabel en – in de laatste memorie bijgevoegd – de ‘goedgekeurde uitvoeringsplannen gevelpanelen [bv R.]’.

In de memorie van wederantwoord en in haar laatste memorie vraagt de verzoekende partij, in ondergeschikte orde, om de vertrouwelijkheid te lichten van de prijsverantwoordingen die de bv R. en de nv D. aan de verwerende partij hebben verstrekt. De verwerende partij toont volgens haar niet concreet aan welke vertrouwelijke informatie deze documenten zouden bevatten, aangezien het niet meer dan een verklaring voor slechts enkele posten betreft, die deel uitmaken van een bepaald project dat reeds in uitvoering is.

5. Aangezien, zoals hierna zal blijken, het tweede en derde middel in de aangegeven mate gegrond zijn, dient niet te worden ingegaan op de vraag van de verzoekende partij tot opheffing van de vertrouwelijkheid van bepaalde door de verwerende partij aldus neergelegde stukken.

V. Tussenarrest nr. 259.703 van 8 mei 2024.

6. Bij voornoemd tussenarrest is de heropening van het debat bevolen nadat is gebleken dat het eerste middel gegrond is. Het auditoraat werd gelast met een aanvullend verslag over de zaak wat de gegrondheid van het tweede en het derde middel betreft.

VI. Onderzoek van het tweede en derde middel

Standpunt van de partijen

7. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van artikel 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing

overheidsopdrachten in de klassieke sectoren' (hierna: het koninklijk besluit van 18 april 2017).

Zij licht toe dat de verwerende partij op basis van enkele, zelf bepaalde, criteria een zevental eenheidsprijzen heeft geselecteerd die “een schijnbaar afwijkend karakter hebben”. Voor deze schijnbaar abnormale eenheidsprijzen (zowel hoog als laag) heeft de verwerende partij een prijsbevraging gedaan in toepassing van artikel 36, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, en is zij tot het besluit gekomen dat “er na de ontvangen verantwoordingen uitgaande van de inschrijvers geen substantiële onregelmatigheden zijn”. Het antwoord dat wordt gegeven op een vraag om prijsverantwoording moet een pertinente, aanvaardbare, overtuigende en aangetoonde verklaring vormen voor het prijsniveau en moet toelaten om een prijs die schijnbaar abnormaal is toch als een normale, marktconforme prijs voor datgene wat in het bestek werd voorgeschreven, te aanvaarden. De bv R. en de nv D., zijnde de eerste en tweede gerangschikte inschrijvers, hebben volgens de verzoekende partij niet voor alle prijzen waarvoor een verantwoording werd gevraagd, een deugdelijke en afdoende prijsverantwoording gegeven en de verwerende partij heeft duidelijk al te gemakkelijk genoeg genomen met een ontoereikend antwoord.

Wat de eerste gerangschikte inschrijver betreft, zou deze, onder meer voor post 23.71 ‘Gevelpanelen - architectonisch beton / malgevormde textuur’, een schijnbaar abnormale (lage) prijs hebben opgegeven. Volgens de verzoekende partij is het merkwaardig te bemerken dat het aanbod “de meest conforme en economische oplossing” zou zijn. Wat aangeboden wordt, dient immers conform te zijn met wat in het bestek werd voorgeschreven. Van de inschrijvers worden ook geen “oplossingen” gevraagd maar enkel een bestekconforme inschrijving met een normale, marktconforme prijs. Ook de bemerking dat een “detailweergave van de prijscomponenten werd voorgelegd” voldoet niet. De verklaring dat bepaalde kosten, namelijk deze voor het leveren van kraanwerk, alsook voor de bescherming van de panelen en de productieplannen, vervat zouden zitten in de prijs die werd opgegeven voor de werfinrichting, is evenmin toelaatbaar. Een inschrijver dient per post een prijs op te geven voor de kosten die met die post verband houden en in het bestek wordt

beschreven. In punt 23 van de technische bepalingen van het bestek wordt specifiek bepaald dat ook de productieplannen (werkhuistekeningen), de beschermingsmaatregelen, de montage, de plaatsing... dienen begrepen te worden in de prijs voor die post. In dat geval kan een inschrijver die kosten niet naar eigen goeddunken onderbrengen in een andere post. Op die manier zijn de eenheidsprijzen immers niet langer vergelijkbaar. Bovendien moet een dergelijke verschuiving alleszins worden aangetoond en kan dit tot gevolg hebben dat die andere posten mogelijks een abnormaal karakter krijgen. De verzoekende partij heeft het vermoeden dat de bv R. voor de gevelpanelen in beton, per vergissing of opzettelijk, een prijs heeft opgegeven voor een uitvoering in (veel) goedkoper gewoon, industrieel beton. Naast het feit dat een uitvoering in gewoon, industrieel beton niet-bestekconform is (wat evenzeer een reden vormt om de offerte onregelmatig te verklaren), vormt het opgeven van een prijs voor een andere, goedkopere uitvoering ook een schending van de eerlijke mededinging en van de gelijkheid van de inschrijvers.

Wat de tweede gerangschikte inschrijver betreft, zou deze inschrijver, onder meer voor post 40.12.10 'Profielsysteem – aluminium/vaste ramen', een schijnbaar abnormale (lage) prijs hebben opgegeven. De verzoekende partij stelt vast dat deze inschrijver de prijsverantwoording heeft beperkt tot een verwijzing naar de prijs van een onderaannemer, wat niet volstaat.

De verzoekende partij besluit dat, aangezien noch de bv R., noch de nv D. een deugdelijke, afdoende prijsverantwoording hebben gegeven voor de prijzen waarvoor hen een prijsverantwoording werd gevraagd, hun offertes onregelmatig dienen te worden verklaard. Gevolg daarvan is dat de offerte van de verzoekende partij in deze de voordeligste regelmatige offerte is en de opdracht dus aan haar moet worden gegund. Door deze offertes wel als regelmatig te aanvaarden, heeft de verwerende partij artikel 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017, alsook het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel geschonden.

In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de "formele minstens de materiële motiveringsplicht", en van de

artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna: de wet van 29 juli 1991).

Zij verwijst naar wat in het tweede middel werd uiteengezet en licht toe dat de verwerende partij nergens motiveert waarom de antwoorden die de bv R. en de nv D. hebben gegeven, als deugdelijk en afdoende zouden kunnen worden aanvaard voor prijzen die de verwerende partij als schijnbaar abnormaal had aangeduid.

8. De verwerende partij stelt in de memorie van antwoord, wat het tweede middel betreft, dat zowel de totaalprijzen als de eenheidsprijzen aan een grondig onderzoek werden onderworpen, zoals blijkt uit vertrouwelijk stuk 6 ‘Vergelijkende prijzentabel in het licht van onderzoek naar totaalprijzen’. Bij alle vijf inschrijvers werden in het kader van dit onderzoek schijnbaar abnormale eenheidsprijzen vastgesteld. De aangereikte prijsverantwoordingen werden vervolgens grondig onderzocht en deugdelijk bevonden.

Wat de verantwoording van de eerste gerangschikte inschrijver inzake post 23.71 betreft, lijkt de verzoekende partij te insinueren dat deze inschrijver gewoon industrieel beton in plaats van de architectonische variant aanbood. Uit diens offerte en prijsverantwoording blijkt evenwel dat deze beklemtoint een eenheidsprijs voor architectonisch beton te hebben opgegeven. Indien tijdens de uitvoeringsfase zou blijken dat de gekozen inschrijver met niet-bestekconform materiaal aan de slag wil gaan, kan de aanbestedende overheid zich alsdan beroepen op de maatregelen vervat in het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’ (hierna: het koninklijk besluit van 14 januari 2013). De verwerende partij zet uiteen dat zij wel “een vergissing” in de prijsverantwoording van de bv R. had vastgesteld, aangezien deze had aangegeven de gevelpanelen zelf te zullen produceren, in plaats van het integrale productieproces van architectonisch beton over te laten aan een erkende betonleverancier zoals is voorzien in post 23.04 van de technische bepalingen. Gelet op de mogelijke impact – refererend aan de kwaliteit van het architectonisch beton – van dit gegeven op de uitvoering van de overheidsopdracht,

heeft de verwerende partij besloten dienaangaande de nodige verduidelijking te vragen. De gekozen inschrijver heeft met een schrijven van 15 januari 2020 expliciet bevestigd dat hij een erkende leverancier van architectonisch beton zal inschakelen en dit tegen de prijs zoals vastgelegd in zijn offerte, met daarbij een voorstel van vier erkende betonleveranciers, aangesloten bij de vereniging Febelarch, waarmee zij wil werken. De verwerende partij beklemtoont dat geschillen tijdens de uitvoeringsfase van een overheidsopdracht een zaak betreft tussen de aanbestedende overheid en de gekozen aannemer, en het koninklijk besluit van 14 januari 2013 een arsenaal aan actiemiddelen biedt om een in gebreke blijvende aannemer te sanctioneren. De verwerende partij is hieromtrent geen verantwoording verschuldigd aan een niet-gekozen inschrijver, die in beginsel niet over het vereiste belang beschikt om hieruit enig recht uit te putten.

Voorts zet de verwerende partij uiteen dat de bv R. de kosten voor het gebruik van een werfkraan heeft ondergebracht in post 02.00., wat voor de hand ligt aangezien een kraan een technisch middel betreft dat ingezet dient te worden om de werken mogelijk te maken en waarvoor de inschrijver conform de eerste alinea van post 02.00. een totaalprijs diende op te geven. Eenzelfde redenering geldt voor de kosten voor de rekennota en productieplannen evenals de kosten voor de bescherming van de panelen: dit betreft administratieve en organisatorische maatregelen die nodig zijn in het kader van de voorbereidende werkzaamheden. Deze kosten dienden niet te worden vervat in post 23.71., dit kan immers nergens expliciet worden afgeleid uit de bewoordingen van die post in de technische bepalingen. Bovendien heeft de bv R. voor post 23.71. in een detailweergave van de prijscomponenten voorzien en de werkmethode stapsgewijs toegelicht. Aldus werd de eenheidsprijs zowel woordelijk als cijfermatig onderbouwd. De detailweergave *an sich* werd door de verwerende partij niet als afdoende beschouwd, doch wel de gehele woordelijke en cijfermatige onderbouwing van de eenheidsprijs.

Wat de verantwoording van de bevraagde eenheidsprijzen van de *tweede gerangschikte inschrijver* betreft, stelt de verwerende partij dat deze inschrijver een transparant overzicht heeft aangereikt van alle prijsbestanddelen.

Voor post 40.12.20. beroept de nv D. zich op de prijzen van haar onderaannemer en geeft zij weer welke winstpercentage zij daarop zal toepassen. Hoewel volgens rechtspraak van de Raad van State een inschrijver zich niet zonder meer kan beroepen op de met een winstmarge verhoogde prijs van een onderaannemer om zijn prijs te rechtvaardigen, heeft het Hof van Cassatie in zijn arrest van 23 juni 2016 (ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160623.3) anders geoordeeld. Rekening houdend met het gegeven dat de prijsverantwoording betrekking had op werken die slechts 6,7 % van de totale ingediende prijs betroffen en de prijzen van de onderaannemers telkens werden verhoogd met een (aanvaardbare) winstmarge van 12,4 %, heeft het Hof van Cassatie de opgegeven prijsverantwoording wel aanvaard. De verwerende partij mocht de verantwoording voor deze post dan ook aanvaarden op basis van deze cassatierechtspraak. De opgegeven winstmarge van 9% lijkt alvast aanvaardbaar te zijn. De verwerende partij beklemtoont voorts dat het een inschrijver vrij staat om de voorbeelden vervat in artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 al dan niet te betrekken in haar verantwoording, en om zijn prijzen op andere manieren te verantwoorden.

Wat het derde middel betreft, stelt de verwerende partij in haar memorie van antwoord dat er geen schending van de formele- en materiële motiveringsplicht voorhanden is nu uit het administratief dossier blijkt waarom de prijsverantwoordingen wel adequaat kunnen worden bevonden, daarbij verwijzend naar haar verweer bij het tweede middel.

De motieven zijn *in casu* weldegelijk voldoende kenbaar: in het verslag van nazicht wordt de beoordeling van de offertes grondig en zorgvuldig gemotiveerd, en daaruit blijkt duidelijk waarom wordt geoordeeld dat inschrijver de bv R. de laagste regelmatige offerte heeft ingediend. Er is geen sprake van een willekeurige noch van een kennelijk onzorgvuldige beoordeling. Gelet op het strikt vertrouwelijk karakter van de eenheidsprijzen van de ingediende offertes werd de weergave van de beoordeling van de prijsverantwoordingen niet *in extenso* op schrift veruitwendigd. De verwerende partij is als aanbestedende overheid in ieder geval niet verplicht om de inhoud van de ontvangen prijsverantwoordingen (en de

gedetailleerde prijsopbouw voor de betrokken posten) verder dan zij het deed in het gunningsverslag kenbaar te maken aan de andere inschrijvers.

9. In haar laatste memorie benadrukt de verwerende partij, wat het tweede middel betreft, dat zij bij het al dan niet aanvaarden van een prijsverantwoording rekening kan houden met een grote verscheidenheid aan mogelijke (al dan niet cijfermatige) gegevens, die in hun geheel dienen te worden beoordeeld, terwijl de verzoekende partij, punctuele kritieken levert op (deel)aspecten van de verantwoordingen. Voor de vaststelling van de gegrondheid van het middel is vereist dat het geheel van de deelaspecten aangeboden ter verantwoording van een schijnbaar abnormale prijs, in totaliteit beoordeeld, niet binnen de grenzen van de redelijkheid kan worden geacht om de schijn van abnormaliteit met betrekking tot de bevroegde eenheidsprijzen weg te nemen. De verwerende partij benadrukt voorts dat de opdracht te dezen een doorsnee opdracht betreft, zonder een design-component of hoogtechnologische of complexe constructies, wat de gestrengheid waarmee zij dient op te treden ten aanzien van de geboden verantwoordingen, binnen de grenzen van de redelijkheid, kan nuanceren.

Wat de prijsverantwoording van de *eerste gerangschikte inschrijver* betreft, stelt de verwerende partij dat deze, betreffende de schijnbaar abnormaal lage eenheidsprijs voor post 23.71., tijdig cijfermatige verantwoordingen heeft bijgebracht in de vorm van een gedetailleerde uitsplitsing van de opgegeven prijs. Deze uitsplitsing werd (schriftelijk) onderzocht en becommentarieerd door het studiebureau dat door de verwerende partij werd aangesteld. Het detail van de prijsopgave omvat de opgave van de kostprijs voor “het uitvoeren van de bekisting, de marge voor structuur (*formliner* - houten look), het leveren en plaatsen van de wapening, de voorziening voor verankering, de kostprijs voor beton, de kostprijs voor het plaatsen van het beton, de kostprijs voor het plaatsen van de panelen, kitvoegen, de winstmarge, het risico en algemene kosten (overhead)” en is derhalve uitermate precies. Ook al kan, volgens de vaste rechtspraak van de Raad van State, het louter uitsplitsen van een prijs in zijn componenten op zich genomen geen afdoende prijsverantwoording vormen aangezien zulke uitsplitsing nog steeds geen inzicht geeft in het waarom van de

prijsvorming, enkel in het hoe van de prijs, benadrukt de verwerende partij dat de uitsplitsing van de prijs in voorliggend geval een hoge mate van detail vertoonde, waarbij alle verschillende aspecten van de prijszetting werden uiteengezet én dat de uitsplitsing van de prijs niet op zichzelf stond, doch gepaard ging met een gedetailleerde uiteenzetting van de verschillende stappen in het werkproces.

Voorts benadrukt de verwerende partij dat een veelheid aan niet-cijfermatige gegevens werd bijgebracht, die zij een voor een als volgt bespreekt.

De kostprijs voor het kraanwerk zit vervat in post 02.00. 'bouwplaatsvoorzieningen — algemeen', wat een gebruikelijke handelwijze betreft, gezien die taak doorgaans (en ook te dezen) bij de uitvoerder, en niet bij de fabrikant wordt gelegd. Uit het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij de prijs voor post 02.00. heeft vergeleken ten opzichte van het rekenkundig gemiddelde van de offertebedragen en ten opzichte van de raming, waarbij eenvoudig kan worden vastgesteld dat de prijs die de bv R. heeft opgegeven, licht boven het gemiddelde van de opgegeven prijzen ligt. De stelling dat de kostprijs voor het kraanwerk in deze post werd ondergebracht, is bijgevolg zonder meer aannemelijk. Voorts heeft het aangestelde studiebureau de geboden verantwoordingen becommentarieerd in de kantlijn, waaruit duidelijk blijkt dat de vraag naar de voorziening van het kraanwerk onder post 02.00. werd behandeld. De verwerende partij verwijst naar het vertrouwelijk stuk 11 'Prijsverantwoording van [nv S.] (becommentarieerd door ontwerper)'. Tot slot brengt de verwerende partij als nieuw vertrouwelijk stuk 12 de goedgekeurde uitvoeringsplannen van de gevelpanelen bij, waaruit blijkt dat de gevelpanelen werden geplaatst in het gevraagde architectonisch beton, zonder dat meerwerken werden gevraagd door de opdrachtnemer. Hieruit blijkt dat alle prestaties wel degelijk waren voorzien in de prijszetting, wat de conclusie van het bijzonder prijsonderzoek voor deze post bevestigt.

Bijkomend stelt de verwerende partij nog dat bepaalde materialen vatbaar zijn voor herbruik, te weten de *formliner* waarmee de structuur op de bekistingspalen wordt geplaatst. Het valoriseren van bepaalde afvalstoffen maakt een kostenbesparende factor uit, die door de Raad van State in het verleden reeds werd aanvaard als draagkrachtige verantwoording. Ook de levering van

architectonisch beton rechtstreeks vanuit de betoncentrale, heeft een belangrijk kostenverminderend effect heeft, hetgeen door de Raad van State in het verleden reeds werd erkend als draagkrachtig element in de verantwoording. Noch het auditoraat, noch de verzoekende partij hebben rekening gehouden met deze (deel)aspecten van de verantwoording. Ook de omstandigheid dat de inschrijver kiest voor panelen met een kleinere omvang, om ze eenvoudig te hanteren en om beschadigingen te voorkomen, maakt een kostenbesparende factor uit die volgens de verwerende partij niet dient te worden onderschat.

De kostprijs voor de bescherming van de panelen en voor de productieplannen zit eveneens vervat in de post 02.00. 'bouwplaatsvoorzieningen - algemeen'. De verwerende partij stelt dat het feit dat productieplannen in eigen beheer worden gemaakt inderdaad eerder zeldzaam is, maar technisch en juridisch aanvaardbaar, aangezien de voorbereiding van die plannen toch best door de uitvoerder gedaan worden en niet door de fabrikant. Gezien de werfinstallatiepost geen gedetailleerde post is, is dit niet zomaar af te lezen uit deze post, maar in het lastenboek staat wel te lezen dat alle kraanwerk, stockage en bescherming dient voorzien te zijn in deze post.

Er dient volgens de verwerende partij bijgevolg te worden besloten dat de verantwoordingen die door de bv R. werden geboden, voldoende draagkrachtig zijn om de schijn van abnormaliteit met betrekking tot post 23.71. weg te nemen. Op basis van een globale beoordeling, waarin alle (niet-) cijfermatige elementen van de geboden verantwoording werden betrokken, heeft de verwerende partij terecht geoordeeld dat de opgegeven prijzen aanvaardbaar zijn.

Wat de prijsverantwoording van de *tweede gerangschikte inschrijver* betreft, herhaalt de verwerende partij dat, betreffende de schijnbaar abnormaal lage eenheidsprijs voor post 40.12.10., ook deze inschrijver een gedetailleerde uitsplitsing van de prijzen heeft bezorgd. Daarnaast bezorgt deze inschrijver ook niet-cijfermatige gegevens.

Wat het derde middel betreft, benadrukt de verwerende partij dat het normdoel van de formelemotiveringsplicht te dezen is bereikt. Wat de

schending van de materiële motiveringsplicht betreft, verwijst de verwerende partij naar haar verweer bij het tweede middel.

Beoordeling

Vooraf

10. 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. [...]

11. 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.

De Raad van State mag zich, gesteld voor de toetsing van deze beoordeling, niet in de plaats stellen van het bestuur en zelf de beoordeling van de prijsverantwoording overdoen. 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. Het is de aanbestedende overheid in beginsel toegelaten om criteria te hanteren waarbij zij screent op abnormaliteiten en posten kwalificeert als al dan niet verwaarloosbaar, teneinde op een praktische en efficiënte wijze haar werkzaamheden bij dit onderzoek te verrichten. Te dezen blijkt uit het gunningsverslag, alsook uit het administratief dossier, meer bepaald uit de vergelijkende tabel die als vertrouwelijk stuk werd neergelegd en die de Raad van State heeft kunnen inzien, dat een drempel van 2,5% en van 5% werd gehanteerd om op grond van de gemiddelde inschrijvingsprijzen (zonder de laagste en hoogste eenheidsprijs) te beoordelen of een post al dan niet verwaarloosbaar was. Daarnaast werden de eenheidsprijzen van de inschrijvers per post vergeleken met de gemiddelde eenheidsprijzen voor die post, waarbij, voor een post met een gewicht vanaf 2,5% een afwijking van 25% tegenover de gemiddelde eenheidsprijs als schijnbaar afwijkend werd beschouwd, en voor een post met een gewicht vanaf 5% een afwijking van 15% tegenover de gemiddelde eenheidsprijs.

13. Voor posten 23.71. en 40.12.10. wordt een gewicht van 5,1% vastgesteld en bijgevolg een toelaatbare maximale afwijking van 15%.

Op deze manier werden in het gunningsverslag, onder andere, de door de eerste gerangschikte inschrijver aangeboden eenheidsprijs voor post 23.71 (-42,5 %) en de door de tweede gerangschikte inschrijver aangeboden eenheidsprijs voor post 40.12.10 (-33,8%) als schijnbaar abnormaal laag beschouwd.

14. De grieven van de verzoekende partij hebben betrekking op de beoordeling in het gunningsverslag van de ontvangen prijsverantwoordingen, onder meer wat deze posten betreft, verstrekt door de eerste en tweede gerangschikte inschrijver.

Wat de aanvaarding van de prijsverantwoording van de eenheidsprijs voor post 23.71. door de eerste gerangschikte inschrijver betreft

15. De prijsverantwoording gegeven door de als eerste gerangschikte inschrijver voor post 23.71. wordt in het gunningsverslag, zoals ter kennis gegeven aan de verzoekende partij, beoordeeld als volgt: “Meest conforme en economische oplossing. Er werd een detailweergave van de prijscomponenten voorgelegd. De kosten voor het leveren kraanwerk worden in een andere post (werfinrichting) verrekend, net zoals de kosten voor bescherming van deze panelen en de productieplannen.”

De Raad van State stelt vast dat de verwerende partij in de memorie van antwoord zelf erkent dat de gekozen inschrijver, blijkens zijn prijsverantwoording, een niet-bestekconforme uitvoering voor de betrokken post heeft voorgesteld. Zoals blijkt uit de prijsverantwoording, vertrouwelijk stuk dat de Raad heeft ingezien, heeft de bv R. gezocht naar “de meest conforme en tegelijkertijd economische oplossing” en voorziet deze inschrijver om de gevelpanelen in architectonisch beton zelf te fabriceren, terwijl, overeenkomstig punt 23.04. van de technische bepalingen van het bestek, de prefabricatie van de elementen van architectonisch beton in de fabriek dienen te worden vervaardigd en afgewerkt door één van de gespecialiseerde fabrikanten van architectonisch beton, lid van de vereniging Febelarch, alsook het transport en het op peil brengen van de geprefabriceerde elementen met de constructies door een prefab fabrikant in onderaanneming dienen te worden uitgevoerd.

Anders dan de verwerende partij stelt, betreft dit geen “vergissing” en een louter probleem van uitvoering van de opdracht, maar de niet-naleving van een technische bestekvereiste. In deze concrete omstandigheden, waarbij gebruik werd gemaakt van een openbare procedure, kon de verwerende partij de verstrekte prijsverantwoording, die uitgaat van de veronderstelling dat de inschrijver de betonpanelen zelf zal prefabriceren en hiermee een economisch voordelige oplossing kan aanbieden, niet aanvaarden. De omstandigheid dat de gekozen inschrijver, daarover bevraagd nadat de bestreden beslissing is genomen, uitdrukkelijk heeft bevestigd (dan toch) een erkende betonleverancier te zullen inschakelen, die de gevelpanelen zal leveren tegen dezelfde prijs als in de offerte, doet er des te meer van blijken dat de aanvaarding door de verwerende partij van de aldus verstrekte verantwoording voor de schijnbaar abnormaal lage prijs niet deugdelijk is. De beweerdelijk kostenbesparende factor op grond waarvan de verwerende partij de prijsverantwoording heeft aanvaard, is immers weggefallen.

De omstandigheid dat de opdracht zonder meerwerken en bestekconform zou zijn uitgevoerd, is niet relevant voor de beoordeling van de wettigheid van de bestreden beslissing.

16. Deze vaststelling volstaat te dezen om te besluiten dat de verwerende partij, wat deze eenheidsprijs betreft, geen zorgvuldig prijsonderzoek heeft gevoerd.

Het verantwoordingelement dat een detailweergave van de prijscomponenten werd voorgelegd, eveneens vermeld in het gunningsverslag, kadert binnen de initieel door de bv R. voorgestelde uitvoering die niet-bestekconform is, en kon de verwerende partij om dezelfde reden niet aanvaarden. De verwerende partij toont evenmin aan dat de kosten voor de bescherming van de panelen en voor de productieplannen door een inschrijver in een andere post (werfinrichting) konden worden verrekend, nu in punt 23.04. van de technische bestekbepalingen specifiek is voorzien dat deze werken onder meer de productieplannen (werkhuistekeningen) en de beschermingsmaatregelen

omvatten, en bijgevolg dienden begrepen te worden in de prijs die voor die post (door de fabrikant) werd opgegeven.

Dit geldt ook voor de bijkomende, niet-cijfermatige, verantwoordingselementen die de verwerende partij alsnog zou afleiden uit de verstrekte prijsverantwoording en voor het eerst aanbrengt in de laatste memorie, namelijk het hergebruik van de *formliner* en de rechtstreekse levering vanuit de betoncentrale. Ook deze elementen zijn niet van aard om aan de voorgaande vaststelling nog te verhelpen. In ieder geval zijn deze motieven, alsook de verwijzing naar de beweerdelijke keuze voor kleinere panelen als kostenbesparende factor, voor het eerst aangebracht in de laatste memorie, *post factum* motieven waarmee de Raad van State voor de beoordeling van de wettigheid van de bestreden beslissing geen rekening kan houden.

Wat de aanvaarding van de prijsverantwoording van de als tweede gerangschikte inschrijver voor post 40.12.20. betreft

17. De eenheidsprijs van de tweede gerangschikte inschrijver voor post 40.12.10. wordt in het gunningsverslag als schijnbaar abnormaal (laag) aangemerkt, reden waarom deze inschrijver om een prijsverantwoording werd gevraagd.

De prijsverantwoording voor deze post wordt in het gunningsverslag beoordeeld als volgt: “Prijsgunstige eenheidsprijs van getrouwe onderaannemer, gespecialiseerd in aluminium schrijnwerk”.

18. In de prijsverantwoording voor deze post 40.12.10., vertrouwelijk stuk dat de Raad van State heeft kunnen inzien, wordt de samenstelling van de prijs weergegeven (kostprijs vermeerderd met winstpercentage), waarna wordt uiteengezet waarom de nv D. (als enige) heeft kunnen genieten van de “prijsgunstige eenheidsprijzen” van haar getrouwe onderaannemer, die zij *nominatim* vermeldt, waarvan zij in het verleden steeds

competitieve offertes mocht ontvangen, en die de opgegeven eenheidsprijs nogmaals heeft bevestigd.

Aldus blijken de prijzen van de onderaannemer, waarop in de prijsverantwoording wordt gesteund, niet gestaafd te zijn. Met de loutere mededeling van die prijzen wordt de schijn van abnormaliteit die over de betrokken prijs hangt niet weggenomen. In het verslag aan de Koning bij artikel 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 (*BS* 9 mei 2017) wordt aangestipt “dat een inschrijver zich niet eenvoudigweg kan beroepen op de met een winstmarge verhoogde prijs van een onderaannemer om zijn prijs uit te leggen. In dit geval is verdere informatie over de prijs van de onderaannemer vereist”.

De mededeling van de eenheidsprijs van de onderaannemer geeft bijgevolg nog steeds niet aan welke concrete en objectieve factoren de als abnormaal beschouwde prijs juist rechtvaardigen. Het feit dat de betrokken onderaannemer zijn prijs handhaaft, biedt als dusdanig evenmin een concrete en objectieve verantwoording.

De prijsverantwoording dient immers te kunnen worden betrokken op objectieve verklarende factoren, zoals bijvoorbeeld degene die worden opgesomd in artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, die tot gevolg hebben dat deze inschrijver, in vergelijking met de andere inschrijvers, een meer gunstige prijs kan voorstellen, en daarvan is geen sprake.

19. De verwerende partij toont in deze omstandigheden niet aan dat de elementen die te dezen worden aangevoerd ter rechtvaardiging van een eenheidsprijs in aanmerking kunnen worden genomen om een schijnbaar abnormaal lage prijs te verantwoorden.

Het arrest van het Hof van Cassatie van 23 juni 2016 (ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160623.3) waarnaar de verwerende partij verwijst, doet niet anders besluiten, al was het maar omdat in die zaak de opgave van bepaalde prijzen van onderaannemers, anders dan in de voorliggende zaak, verwaarloosbare posten betrof en de aanbestedende overheid bovendien heeft

gesteund op andere rechtvaardigingsgronden om een prijsverantwoording voor een schijnbaar abnormaal lage totale inschrijvingsprijs te aanvaarden.

Besluit

20. Uit wat voorafgaat, volgt dat de verwerende partij de prijsverantwoordingen verstrekt door de eerste en tweede gerangschikte inschrijvers voor de betreffende posten niet zorgvuldig heeft onderzocht.

Op basis van de in het gunningsverslag uitgedrukte en aanvaarde verantwoordingselementen blijkt niet afdoende over welke uitzonderlijke omstandigheden de eerste en tweede gerangschikte inschrijvers beschikken die tot gevolg hebben dat zij een aanzienlijk gunstigere eenheidsprijs voor respectievelijk post 23.71. en post 40.12.10. kunnen aanbieden. Anders dan de verwerende partij stelt, kan de kritiek van de verzoekende partij niet worden herleid tot punctuele kritieken op deelaspecten van de verantwoordingen. Ook de omstandigheid dat de opdracht te dezen een “doorsnee” opdracht betreft, doet geen afbreuk aan de voorgaande vaststelling.

21. Het tweede en derde middel zijn, in de aangegeven mate, gegrond.

VII. Impliciete weigeringsbeslissing

Exceptie

22. De verwerende partij werpt in de memorie van antwoord op dat de verzoekende partij het rechtens vereiste belang ontbeert om eveneens de nietigverklaring te vorderen van de impliciete beslissing om de opdracht niet aan haar te gunnen. Zij kan immers niet aantonen dat de opdracht met absolute zekerheid aan haar gegund diende te worden. Een hypothetische vernietiging in het licht van de opgeworpen grieven leidt niet met zekerheid tot het besluit dat de prijzen van de bv R. en de nv D. abnormaal moeten worden geacht. De Raad van

State kan zich ook niet in de plaats stellen van een aanbestedende overheid en besluiten dat de prijzen aangeboden door inschrijvers in een specifieke overheidsopdracht abnormaal moeten worden geacht. De verwerende partij verwijst naar de beoordelingsruimte waarover een aanbestedende overheid beschikt bij het uitvoeren van een prijsonderzoek op ingediende offertes.

Met haar vordering om de impliciete beslissing tot niet-gunning te vernietigen, beoogt de verzoekende partij bovendien om de Raad van State ertoe te brengen om aan de verwerende partij, in strijd met artikel 85 van de wet van 17 juni 2016, het recht te ontzeggen om nog op gemotiveerde wijze gebruik te maken van de wettelijk geboden mogelijkheid om af te zien van het gunnen van een opdracht en deze desgevallend opnieuw aan te besteden.

23. De verzoekende partij stelt in haar laatste memorie dat volgens haar de voorwaarden zijn vervuld om ook de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen, te vernietigen, vermits is aangetoond dat de zowel de offerte van de bv R. als deze van de nv D. onregelmatig was en had moeten worden geweerd, terwijl de offerte van de verzoekende partij door de verwerende partij regelmatig werd bevonden, en er geen (afdoende) reden wordt opgegeven waarom de opdracht niet aan haar had moeten worden gegund.

Beoordeling

24. Een verzoekende partij die de nietigverklaring vraagt van een impliciete weigeringsbeslissing, moet aantonen dat er uitzonderlijke omstandigheden zijn die wijzen op een rechtsplicht om de opdracht aan haar te gunnen. Deze jurisprudentiële techniek dient evenwel aan zeer uitzonderlijke gevallen voorbehouden te blijven. De verzoekende partij dient in dit verband dan specifiek aannemelijk te maken, in haar middelen, dat de opdracht aan haarzelf had moeten worden gegund.

Geen van de middelen die de verzoekende partij te dezen aanvoert, houdt evenwel in dat de verwerende partij na een vernietiging geen

andere rechtsgeldige keuze meer heeft dan de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

25. In voornoemd tussenarrest werd de heropening van het debat bevolen nadat is vastgesteld dat de verwerende partij niet de leemteformule op de offerte van de verzoekende partij had mogen toepassen op grond van de motieven in het gunningsverslag (eerste middel).

In huidig arrest wordt vastgesteld dat de verwerende partij geen zorgvuldig prijsonderzoek heeft gevoerd en de motieven om de door de eerste en tweede gerangschikte inschrijvers verstrekte prijsverantwoordingen te aanvaarden, niet afdoende zijn (tweede en derde middel).

Met het (in de aangegeven mate) gegrond bevinden van het tweede en derde middel staat evenwel niet vast dat het aan de gekozen inschrijver verstrekte voordeel hoe dan ook aan de verzoekende partij had moeten zijn toegekend. De verzoekende partij maakt immers niet aannemelijk dat de verwerende partij in het kader van een hernieuwd zorgvuldig prijsonderzoek niet anders mocht dan enkel nog rekening te houden met haar offerte, waaromtrent zij voor een schijnbaar abnormale prijs inzake post 23.71. immers eveneens een prijsverantwoording had gevraagd.

De verzoekende partij toont bijgevolg niet aan dat uit de voornoemde onwettigheden zou voortvloeien dat de verwerende partij de opdracht te dezen enkel en alleen nog rechtsgeldig aan haar zou mogen gunnen, zonder rechtens nog enige andere beslissing te mogen nemen.

De omstandigheid dat te dezen de opdracht reeds is uitgevoerd, doet aan het voorgaande geen afbreuk.

26. Voor zover het beroep is gericht tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen, is het niet-ontvankelijk.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Wichelen van 29 november 2019 waarbij de opdracht voor aanneming van werken inhoudende de realisatie van de nieuwbouw van het sportgebouw ‘Sportpark Bellekouter’ (perceel 1 - deel architectuur en stabiliteit: pilootaanneming) te Schellebelle (Wichelen), wordt gegund aan de bv R.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterste dringende noodzakelijkheid en het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro, een bijdrage van 40 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op zevenentwintig juni 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