

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 265.613 van 29 januari 2026
in de zaak A. 241.848/XIV-39.513**

In zake : de NV S.
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Bettina Poelemans
 kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
 Jean-Baptiste de Ghellincklaan 31/1
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

 de STAD BRUSSEL
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Stijn Butenaerts en Andy Hoedenaeken
 kantoor houdend te 1080 Brussel
 Leopold II-laan 180
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 3 mei 2024, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de stad Brussel van 21 december 2023 waarbij in het kader van de ‘Overheidsopdracht voor werken tegen prijslijst over een oorspronkelijke duur van 12 maanden en verlengbaar tot een periode van maximum 3 jaar, met als doel het geheel der uit te voeren werkzaamheden alsook alle prestaties voor het asfalteren van de wegenis op het grondgebied van de Stad Brussel’ wordt beslist om de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig te verklaren en om deze opdracht te gunnen aan de NV [E.], alsook de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partij.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Adjunct-auditeur Lennard Michaux heeft een 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 8 oktober 2025.

Kamervoorzitter Geert Debersaques heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Andy Hoedenaeken, die verschijnt voor de verwerende partij, is 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

3.1. De aanbestedende overheid schrijft een overheidsopdracht uit voor werken met als voorwerp: “Overheidsopdracht voor werken tegen prijslijst over een oorspronkelijke duur van 12 maanden en verlengbaar tot een periode van maximum 3 jaar, met als doel het geheel der uit te voeren werkzaamheden alsook

alle prestaties voor het asfalteren van de wegenis op het grondgebied van de Stad Brussel.”

Er wordt gekozen voor een openbare procedure met de prijs als enig gunningscriterium.

3.2. Zes offertes worden ingediend, waaronder die van de verzoekende partij.

3.3. Op 21 december 2023 beslist de aanbestedende overheid de zes inschrijvers te selecteren, de offertes van de nv E. , de nv C. en de nv M. regelmatig, en de offertes van de nv V., de nv W. en de verzoekende partij onregelmatig te verklaren en de opdracht (12 maanden) te gunnen aan de nv E..

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

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.

5. De verzoekende partij heeft het lichten van de vertrouwelijkheid van deze stukken niet gevraagd.

V. Ontvankelijkheid – exceptie wat de bestreden impliciete beslissing betreft

Uiteenzetting van de exceptie en standpunt van de verzoekende partij

6. Het auditoraat werpt ambtshalve op dat het beroep niet ontvankelijk is wat de impliciete beslissing betreft om niet te gunnen aan de verzoekende partij.

7. In haar laatste memorie wijst de verzoekende partij er vooreerst op dat zij in het verzoekschrift tot nietigverklaring, en herhaald in de memorie van antwoord, uitdrukkelijk de vernietiging heeft gevraagd van de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan haarzelf. Zij meent dat zij diegene is die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend en aan wie dus de opdracht diende te worden gegund.

Zij voert aan dat – na erop te hebben gewezen dat zij in haar verzoekschrift tot nietigverklaring uitdrukkelijk heeft opgeworpen dat de door haar opgeworpen wettigheidskritieken op de bestreden beslissing van aard zijn om tot de onwettigheid van de bestreden beslissing te besluiten, met inbegrip van de niet-gunning van de opdracht aan haar – zij zowel in het eerste als in het tweede middel, mits het eerste middel alsook één van de twee middelonderdelen van het tweede middel gegrond zijn, ook de schending aanvoert van artikel 81 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016) en van artikel 16, derde lid, 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). Meer bepaald voert zij het volgende aan :

“vermits het eerste middel in haar beide middelonderdelen gegrond is en aldus de drie eerst gerangschikte offertes van de [gekozen inschrijver], [nv C. en nv M.] alle drie substantieel onregelmatig zijn en verplicht nietig moeten worden verklaard op grond van artikel 36 [van het koninklijk besluit van 18 april 2017] en artikel 76 [van hetzelfde koninklijk besluit], alsook het eerste dan wel het tweede middelonderdeel van het tweede middel, gericht tegen de onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij, gegrond is en dus de verzoekende partij wel een regelmatige en dus meteen de laagste regelmatige offerte heeft ingediend, de opdracht in strijd met artikel 81 [van de wet van 17 juni 2017] en artikel 16,3de lid [van de wet van 17 juni 2013] niet wettig werd gegund aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte, welke immers de verzoekende partij is, aan wie de opdracht aldus wel diende te worden gegund.

De verzoekende partij meent dus en voert aan dat het aan [de gekozen inschrijver] verstrekte voordeel integendeel aan haarzelf moest zijn toegekend en aldus dat in deze, de concrete omstandigheden van de zaak in acht genomen, dient te worden aangenomen dat de verwerende partij niet wettig vermag te weigeren het voordeel aan de verzoekende partij te geven.

De vordering tot nietigverklaring, ook in zoverre gericht tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partij, is ontvankelijk, alsook, zoals hierna opnieuw aangetoond, gegrond, nu immers ook het tweede middelonderdeel van het eerste middel gegrond is en dient te worden verklaard.

Weliswaar heeft [het auditoraat] dit tweede middelonderdeel van het eerste middel niet onderzocht, terwijl dit precies mede de onwettigheid van de impliciete weigering om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen, meebrengt. De verzoekende partij dringt er hierna op aan dat ook het tweede middelonderdeel van het eerste middel door uw Raad zou worden onderzocht en beoordeeld.”

Beoordeling

8. Overeenkomstig de rechtspraak van de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, arresten nr. 222.357 en nr. 222.358 van 1 februari 2013 (ECLI:BE:RVSCE:2013:ARR.222.357 en ECLI:BE:RVSCE:2013:ARR.222.358), moet de jurisprudentiële techniek van de bijkomende vernietiging van de impliciete weigering om een opdracht aan een verzoekende partij te gunnen, voor uitzonderlijke gevallen voorbehouden blijven. Het is daarbij vereist dat de verzoekende partij aantoont dat er uitzonderlijke omstandigheden zijn die wijzen op een rechtsplicht in hoofde van de aanbestedende overheid om de opdracht aan haar te gunnen.

9. De uitzonderlijke omstandigheid waarop de verzoekende partij steunt, is dat als het gehele eerste middel gegrond wordt verklaard, daaruit volgt dat de drie eerst gerangschikte offertes substantieel onregelmatig zijn en dus verplicht nietig moeten worden verklaard. Tezamen te lezen met het gegrond verklaren van een van beide onderdelen van het tweede middel, waaruit zou volgen dat zij “wel een regelmatige en dus meteen de laagste regelmatige offerte heeft ingediend”, volgt daaruit volgens haar de rechtsplicht om het aan de gekozen inschrijver verstrekte voordeel aan haar toe te kennen.

Dit standpunt overtuigt niet.

De uitzonderlijke omstandigheid waarop de verzoekende partij zich beroept, steunt op de premisse dat uit het gegrond verklaren van een van beide onderdelen van het tweede middel, zou moeten volgen dat zij wel een regelmatige offerte heeft ingediend.

Uit de nadere bespreking van het eerste onderdeel van het tweede middel (zie *infra*, punt 15). blijkt dat de onwettigheid is gelegen in het feit dat de aanbestedende overheid zich bij haar beoordeling van het schijnbaar abnormaal

karakter van de prijzen van de verzoekende partij ten onrechte gebonden meende door de bepalingen van artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, waardoor zij geen zorgvuldige afweging heeft uitgevoerd. Met het tweede middel, eerste onderdeel, wordt derhalve de verzoekende partij bijgevallen dat het onregelmatig verklaren van haar offerte niet is gebaseerd op een deugdelijk en zorgvuldig prijsonderzoek.

Met het (in de aangegeven mate) gegrond bevinden van het tweede 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 haar offerte als regelmatig te beschouwen, nu het gezag van deze vernietigingsgrond dit niet noodzakelijk impliceert.

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, en zulks onverminderd de vraag of de verzoekende partij vermag de Raad van State ertoe te brengen om, in strijd met artikel 85 van de wet van 17 juni 2016, de verwerende partij 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.

Op het verzoek van de verzoekende partij om het tweede middelonderdeel van het eerste middel ook te onderzoeken en te beoordelen wordt derhalve niet ingegaan. De verzoekende partij kadert haar verzoek ter zake immers in het thans voorliggende onderzoek naar de ontvankelijkheid van de impliciete weigeringsbeslissing waarvan is vastgesteld dat die beslissing hoe dan ook niet ontvankelijk is.

10. De exceptie is gegrond. Het beroep tegen de impliciete weigeringsbeslissing is niet ontvankelijk.

VI. *Onderzoek van de middelen - Gezamenlijk onderzoek van het eerste (partim) en het tweede middel (partim)*

Vooraf

11. Het auditoraat heeft in zijn verslag het eerste onderdeel van het eerste middel tezamen met het eerste onderdeel van het tweede middel besproken. Hierna wordt eveneens deze wijze van aanpak gevolgd.

Eerste middel, eerste onderdeel en tweede middel, eerste onderdeel

Standpunt van de partijen

12. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in een eerste middel inzonderheid 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), van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel,

“doordat de verwerende partij de offerte van de [gekozen inschrijver] regelmatig bevindt en aan deze inschrijver geen prijsverantwoording heeft gevraagd, niettegenstaande het totale offertebedrag van deze inschrijver 15 % onder het gemiddelde bedrag van de door de inschrijvers ingediende offertes ligt, berekend conform artikel 36 §4 [van het koninklijk besluit van 18 april 2017]

En doordat de verwerende partij de opdracht gunt aan de [gekozen inschrijver] als zijnde de inschrijver die een regelmatig en economisch meest voordelige offerte heeft ingediend;

Terwijl alle inschrijvers op een gelijke wijze behandeld moeten worden tijdens de gunningsprocedure;

Terwijl de aanbestedende overheid op een zorgvuldige wijze een prijzenonderzoek moet voeren en haar beslissing om al dan niet een prijzenbevraging van schijnbaar abnormale prijzen uit te voeren moet steunen op afdoende draagkrachtige motieven die in feite en in rechte naar behoren zijn bewezen;

Terwijl, ingeval bij een overheidsopdracht van werken geplaatst bij openbare procedure de economisch meest voordelige offerte enkel geëvalueerd wordt op basis van de prijs, de aanbestedende overheid verplicht is een prijzenbevraging uit te voeren voor elke offerte waarvan het totale offertebedrag minstens 15 % onder het gemiddelde bedrag van de door de inschrijvers ingediende offertes ligt zoals

berekend overeenkomstig artikel 36 §4, 2de lid [van het koninklijk besluit van 18 april 2017];”

In wat als een eerste middelonderdeel kan worden beschouwd, voert de verzoekende partij aan dat de beslissing om de offertes van elk van de drie overige inschrijvers regelmatig te verklaren, onwettig is. Zij stelt dat de aanbestedende overheid ten onrechte heeft nagelaten een prijsbevraging te verrichten met betrekking tot de schijnbaar abnormale totaalprijs van de gekozen inschrijver, en dat zij desalniettemin de offerte van deze inschrijver regelmatig heeft verklaard. De verzoekende partij benadrukt dat, wanneer een opdracht voor werken via de openbare procedure wordt geplaatst en de economisch meest voordelige offerte uitsluitend op basis van de prijs wordt beoordeeld, de aanbestedende overheid krachtens artikel 36, §4, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 niet bevoegd is om het daarin vastgestelde afwijkingspercentage van 15% te verhogen. Niettemin heeft de verwerende partij in het bestek, onder ‘Artikel 36 – Kostenonderzoek – Abnormale prijzen’, dat percentage vastgesteld op 25%. *In casu* wordt de economisch meest voordelige offerte uitsluitend beoordeeld op basis van de prijs. Krachtens artikel 36, §4, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 kon de verwerende partij in het bestek dan ook geen hoger afwijkingspercentage dan 15% vastleggen. De betrokken bestekbepaling, waarin dit percentage toch werd verhoogd tot 25%, is dan ook onwettig en strijdig met artikel 36, §4, van het koninklijk besluit van 18 april 2017. Aangezien ze in strijd is met een dwingende wettelijke norm, moet deze bepaling buiten toepassing worden gelaten. Verder voert de verzoekende partij aan dat de gekozen inschrijver, door het toepassen van een korting van –49%, een totale offerteprijs heeft ingediend die 16% onder het gemiddelde ligt van de door alle inschrijvers ingediende offerteprijzen. Overeenkomstig artikel 36, §4, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 was de verwerende partij dan ook verplicht om aan de gekozen inschrijver een prijsbevraging te richten ter verantwoording van haar schijnbaar abnormaal lage totaalprijs, die het rechtstreekse gevolg is van deze uitzonderlijk hoge korting van –49%. Door dit na te laten, kon zij de offerte van de gekozen inschrijver niet regelmatig verklaren. Evenmin kon zij op basis daarvan de opdracht aan de gekozen inschrijver gunnen.

De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in een tweede middel de schending aan van inzonderheid dezelfde bepaling en beginselen,

“Doordat de verwerende partij beslist om de prijs van de verzoekende partij schijnbaar abnormaal hoog te achten en haar een prijsverantwoording te vragen voor sommige eenheidsprijzen in haar offerte, en dit hoewel éénzelfde verminderings- of vermeerderingspercentage voor alle eenheidsprijzen diende te worden gegeven;

Doordat deze beslissing enkel gesteund is op het motief dat de prijs van de verzoekende partij 25% hoger ligt dan het gemiddelde van de door de inschrijvers ingediende offerteprijzen, zonder ermee rekening te houden dat de verzoekende partij een korting aanbood van - 10 % op de door de verwerende partij vastgelegde basisprijzen en dus niet eens een vermeerdering zoals ook toegelaten, alsook zonder zorgvuldig te onderzoeken of en vast te stellen dat de prijzen van de andere inschrijvers abnormaal laag zijn (want zij kortingspercentages aanbieden waardoor zij hun wettelijke verplichtingen inzake de betaling van de (minimum)lonen en sociale zekerheid niet kunnen naleven) en een vergelijking met abnormaal lage prijzen van de andere offertes niet deugdelijk kan doen besluiten tot een vermoedelijke abnormaal hoge prijs;

[...].

Terwijl de aanbestedende overheid op een zorgvuldige wijze een prijzenonderzoek moet voeren en haar beslissing om al dan niet een prijzenbevraging van schijnbaar abnormale prijzen uit te voeren moet steunen op afdoende draagkrachtige motieven die in feite en in rechte naar behoren zijn bewezen;”

In wat als een eerste middelonderdeel kan worden beschouwd, oefent de verzoekende partij kritiek uit op de beslissing om haar prijs schijnbaar abnormaal hoog te achten en haar een prijsverantwoording te vragen voor sommige eenheidsprijzen in haar offerte. Zij zet uiteen dat uit de motivering blijkt dat de beslissing om de prijzen van de verzoekende partij schijnbaar abnormaal hoog te achten en haar een prijsverantwoording te vragen, is gesteund op het enkele motief dat de prijs van de verzoekende partij 25% hoger ligt dan het gemiddelde van de door de inschrijvers ingediende offerteprijzen. Dit motief is evenwel geen afdoende en draagkrachtige motief, noch getuigt deze beslissing van een zorgvuldig gevoerd prijzenonderzoek. Zij verwijst ter zake naar het eerste middel waarin is gesteld dat de verwerende partij de prijzen van de andere inschrijvers ten onrechte heeft aanvaard als normale prijzen, terwijl nochtans een zorgvuldig en grondig gevoerd prijzenonderzoek onmiddellijk aantoonde dat hun prijzen zeker abnormaal laag zijn. Zij hebben immers alle drie dermate hoge kortingspercentages

aangeboden, en dus dermate lage prijzen die het hen onmogelijk maken hun wettelijke verplichtingen inzake de betaling van de (minimum)lonen en sociale zekerheidsbijdragen na te leven. Uiteraard kan een vergelijking met abnormaal lage prijzen van de andere offertes niet doen besluiten tot een vermoedelijke abnormaal hoge prijs, wel integendeel. Het feit dat de offerteprijs van de verzoekende partij een stuk boven die abnormaal lage prijzen ligt, getuigt juist van het normale karakter van haar prijs.

13. De verwerende partij wijst in de memorie van antwoord betreffende het eerste onderdeel van het eerste middel inzake de beslissing om geen prijsbevraging uit te voeren naar de totaalprijs van de gekozen inschrijver, dat “niettegenstaande in onderhavige zaak de offertes niet werden beoordeeld op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding, maar louter op basis het prijscriterium, [...] de aanbestedende overheid toch het percentage van vijftien procent [heeft] verhoogd naar vijftientwintig procent.” Voorts stelt zij het volgende:

“Gemiddelde berekening (15%):

Totaal van de vier offertes van [M./C./gekozen inschrijver/W.]	€ 5.280.000,00
Gemiddelde van de vier offertes	€ 1.320.000,00
Vijftien procent van € 1.320.000	€ 198.000,00
Mogelijks abnormale prijzen < 1.122.000,00 €	
Mogelijks abnormale hoge prijzen > € 1.518.000,00	

42. Op basis van bovenstaande berekening had de lijst met de te bevragen inschrijvers uitgebreid [dienen] te worden met één extra inschrijver, zijnde de [gekozen inschrijver].

- [V.] te lage prijs
- [gekozen inschrijver] te lage prijs
- [W.] te hoge prijs
- [verzoekende partij] te hoge prijs

43. In de hypothese dat de verwerende partij het voorgeschreven percentage van vijftien procent had gehanteerd, zou ook de offerte van de [gekozen inschrijver] onderworpen geweest zijn aan een prijzen- en kostenbevraging. In zoverre de [gekozen inschrijver] geen afdoende rechtvaardiging zou overgemaakt

hebben, kon ook haar offerte als substantieel onregelmatig worden verklaard en had de [nv C.] de opdracht gegund gekregen.

44. De verzoekende partij heeft bijgevolg geen enkel belang bij onderhavig middel, in zoverre zij gesteund is op een schending van artikel 36, §4 [van het koninklijk besluit van 18 april 2017]. De vernietiging van de bestreden beslissing zou er enkel toe leiden dat ook de [gekozen inschrijver] dient bevestigd te worden waarna (1) ofwel ook zij wordt geweerd als substantieel onregelmatig, (2) ofwel dat zij wederom de overheidsopdracht toegewezen krijgt. In geen geval zou de verzoekende partij de opdracht toegewezen krijgen.”

Wat betreft de beslissing om de prijs van de verzoekende partij schijnbaar abnormaal hoog te achten en haar een prijsverantwoording te vragen voor sommige eenheidsprijzen in haar offerte (eerste onderdeel van het tweede middel) stelt de verwerende partij in de memorie van antwoord, na de motivering in de bestreden beslissing van haar beslissing tot het substantieel onregelmatig verklaren van de offerte van de verzoekende partij te hebben aangehaald, het volgende :

“De verzoekende partij begrijpt niet waarom een prijsverantwoording aan haar werd verzocht wegens schijnbaar abnormaal hoge prijzen. In die zin verwijst de verwerende partij naar de concrete toepassing van artikel 36, §4 [van het koninklijk besluit van 18 april 2017], alsmede haar argumentatie zoals uiteengezet onder het eerste middel, waaronder de mathematische berekeningen van de offertes. Zoals hierboven ook reeds uiteengezet kan de verzoekende partij geen belang aantonen bij een schending van artikel 36, §4 [van het koninklijk besluit van 18 april 2017] doordat een verschil van 25% werd gehanteerd in plaats van 15%, daar ook zij bij een hypothetische toepassing van de 15% nog steeds een prijsverantwoording diende over te maken.”

In haar laatste memorie beperkt de verwerende partij zich tot het (woordelijk) hernemen van haar verweer in de memorie van antwoord en tot het volharden in haar exceptie wat het eerste middel betreft.

Beoordeling

14. Als de verwerende partij in het auditorsverslag kan lezen dat haar exceptie moet worden verworpen en zij daarin geen reden ziet om vervolgens in haar laatste memorie hierop te antwoorden en zich integendeel zonder enige motivering beperkt tot de melding dat zij volhardt in de exceptie, begrijpt de Raad van State uit die proceshouding dat zij zich in wezen niet langer tegen de ontvankelijkheid van het middel verzet wat die exceptie betreft.

De exceptie worden verworpen.

15. Het auditoraat besluit op grond van de volgende overwegingen dat het eerste middelonderdeel van het tweede middel, samen te lezen met het eerste middelonderdeel van het eerste middel, gegrond is:

“In het Bestek wordt de methodologie voor het kostenonderzoek als volgt weergegeven:

‘Artikel 36 – Kostenonderzoek - Abnormale prijzen

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 aanbesteder een bevraging van deze laatste uit.

Bij de prijzen- of kostenbevraging verzoekt de aanbesteder 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.

Voor opdrachten van werken in een fraudegevoelige sector, geplaatst bij openbare of niet-openbare procedure, wanneer de economisch meest voordelige offerte geëvalueerd wordt op basis van de gunstigste kwaliteits-/prijs rapport wanneer het gewicht van het criterium aangaande de prijs op zijn minst vijftig procent van het totaal gewicht van de gunningscriteria bedraagt, kan de aanbesteder echter voorzien in de opdrachtdocumenten in een percentage hoger dan vijftien procent.

De aanbesteder stelt dit percentage op 25%.’

In het Analyseverslag van de offertes wordt bevestigd dat artikel 36, §4 [van het koninklijk besluit van 18 april 2017] als methodologie wordt gebruikt voor het nazicht van de prijzen:

‘Het nazien van de prijzen voor huidige opdracht werd uitgevoerd in overeenstemming met artikel 36 §4 op basis van de offertes van de geselecteerde inschrijvers.’

In het Analyseverslag van de offertes wordt volgende motivering gehanteerd voor het kwalificeren als schijnbaar abnormaal hoog van de offerteprijs van verzoekende partij:

‘In toepassing van artikel 36, heeft de berekening van het gemiddelde van de door de inschrijvers ingediende offerteprijzen (uitgezonderd de laagste en de hoogste offerten), vermeerderd met 25%, aangetoond dat de prijs van de offerte van [de verzoekende partij] abnormaal hoog zou zijn. Een aanvraag tot verantwoording van de prijzen werd naar [de verzoekende partij] opgestuurd op 13/11/2023. De firma heeft op 23/11/2023 geantwoord, met rechtvaardiging van haar prijzen.’

Ten eerste erkent verwerende partij dat de mogelijkheid om het percentage uit artikel 36, § 4 [van het koninklijk besluit van 18 april 2017] te verhogen niet beschikbaar was, gelet dat de gunning heeft plaatsgevonden op basis van het enkele criterium ‘prijs’. Schijnbaar abnormaal lage prijzen hadden aldus geïdentificeerd moeten worden op basis van een afwijking van 15% van het gemiddelde van de offerteprijzen, berekend zoals voorgeschreven door deze bepaling. Hierdoor had ook de prijs van de inschrijver aan wie gegund is onderzocht moeten worden.

Echter indirect blijkt uit het Analyseverslag - en dit wordt ook uitdrukkelijk bevestigd door verweerder in de memorie van antwoord - dat verwerende partij van oordeel was dat ook voor schijnbaar abnormaal hoge prijzen zij gebonden was door de regeling uit artikel 36, §4 [van het koninklijk besluit van 18 april 2017]. Uit de tekst van deze bepaling, alsook uit het Verslag aan de Koning, blijkt echter dat dit vermoeden enkel geldt voor schijnbaar abnormaal lage prijzen. Doordat verwerende partij zich verkeerdelijk heeft beroepen op dit wettelijk vermoeden uit artikel 36, §4 [van het koninklijk besluit van 18 april 2017] zijn er dan ook geen draagkrachtige motieven terug te vinden in [de bestreden beslissing] noch in de bijbehorende documenten wat betreft het schijnbaar abnormaal hoog karakter van de offerteprijs van verzoekende partij.

Er dient dan ook te worden vastgesteld dat (i) voor schijnbaar abnormaal lage prijzen verwerende partij oneigenlijk het percentage uit artikel 36, §4 [van het koninklijk besluit van 18 april 2017] heeft verhoogd en dat (ii) voor schijnbaar abnormaal hoge prijzen verwerende partij zich onterecht gebonden meende door de bepalingen van artikel 36, §4 [van het koninklijk besluit van 18 april 2017] waardoor zij geen zorgvuldige afweging heeft doorgevoerd.

Verzoekende partij moet dan ook worden bijgevallen dat het onregelmatig verklaren van haar offerte niet is gebaseerd op een deugdelijk en zorgvuldig prijsonderzoek. Bovendien moet over het algemeen worden vastgesteld dat de methodologie voor dit prijsonderzoek dusdanige onwettigheden vertoont, dat deze de volledige gunningsprocedure vitiëren.

Het eerste middelonderdeel van het tweede middel - samen gelezen met het eerste middelonderdeel van het eerste middel - dient dan ook als gegrond te worden verklaard.”

Na kennisneming van het verslag van het auditoraat beperkt de verwerende partij zich ertoe in haar laatste memorie te stellen dat zij niet akkoord gaat met de redenering van het auditoraat en te volharden. Zij heeft aldus niet de gelegenheid benut die een laatste memorie biedt om nog een andere visie op de beoordeling door het auditoraat weer te geven.

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, in de aangegeven mate het eerste middelonderdeel van het tweede middel, samen te lezen met het eerste middelonderdeel van het eerste middel gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de stad Brussel van 21 december 2023 waarbij in het kader van de ‘Overheidsopdracht voor werken tegen prijslijst over een oorspronkelijke duur van 12 maanden en verlengbaar tot een periode van maximum 3 jaar, met als doel het geheel der uit te voeren werkzaamheden alsook alle prestaties voor het asfalteren van de wegenis op het grondgebied van de Stad Brussel’ wordt beslist om de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig te verklaren en om deze opdracht te gunnen aan de NV [E.].

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

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 24 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op negenentwintig januari tweeduizend zesentwintig, 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