

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 259.685 van 2 mei 2024
in de zaak A. 235.712/XII-9189**

In zake : 1. de NV HYE
2. de BV BOSKALIS NEDERLAND
samen vormend een tijdelijke maatschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Flamey
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de NV DE VLAAMSE WATERWEG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steven Van Geeteruyen en Laura Kempeneers
kantoor houdend te 3700 Tongeren
Piepelpoel 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partijen:

1. de NV HERBOSCH - KIERS
2. de NV HENS
samen vormend een tijdelijke maatschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marco Schoups, Kris Lemmens en Ellen Gerits
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
De Burburestraat 6-8 bus 5
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd
advocaat Sophie Bleux
kantoor houdend te 1000 Brussel
Regentschapsstraat 58 bus 8

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 1 april 2022, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de nv De Vlaamse Waterweg zonder gekende datum, genotificeerd met een brief van 3 februari 2022, waarbij de offerte van de nv Hye en de bv Boskalis Nederland, samen vormend een tm, voor een opdracht van werken voor de aanleg van een wachtdok te Zandvliet (bestek nr. ARO-21-9101) onregelmatig wordt verklaard, en waarbij de opdracht wordt gegund aan de nv Herbosch-Kiere en de nv Hens, samen vormend een tm.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 253.218 van 15 maart 2022 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

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

Eerste auditeur Frederic Eggermont heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen hebben 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 30 mei 2023.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Peter Flamey, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Laura Kempeneers, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor het bouwen van een wachtdok voor de binnenvaart op de Schelde-Rijnverbinding te Zandvliet. De opdracht bestaat grotendeels in het uitgraven en baggeren van het dok.

Het bestek nr. ARO-21-9101, ‘Schelde-Rijnverbinding: Aanleg van een wachtdok te Zandvliet’, is van toepassing.

De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure.

Ze wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.2. De opdracht is opgedeeld in één vast en twee voorwaardelijke gedeelten (vast gedeelte: aankoop staal, bouwrijp maken, dienstweg; voorwaardelijk gedeelte 1: kaaimuren, grond en baggerwerk, paaiplaats, jaagpad, aanhorigheden; en voorwaardelijk gedeelte 2: aanmeerfaciliteiten).

De prijs is het enig gunningscriterium.

Bij het bestek is voor elk van de drie gedeelten van de opdracht een ‘Beschrijvende opmeting / Inventaris’ gevoegd. Die inventaris, die door de inschrijvers ingevuld moet worden en bij hun offerte gevoegd, bevat een lijst van posten. Voor de posten waarvoor een bepaalde vermoedelijke hoeveelheid is opgegeven, moeten de inschrijvers een eenheidsprijs invullen.

In het kader van het voorliggende beroep zijn in het bijzonder de posten 1, 2, 3 en 4 van het voorwaardelijk gedeelte 1 van belang. Die posten, die alle voorkomen onder het opschrift ‘1.1 Voorbereidende werken en grondwerken’, hebben te maken met het uitgraven van zand. Post 1 gaat over het uitgraven van zand dat gebruikt kan worden binnen de werfzone; post 2 gaat over het uitgraven en afvoeren van zand ter hoogte van de aan te leggen vispaaiplaats; posten 3 en 4 gaan over het verwijderen en afvoeren van zand ter hoogte van het aan te leggen dok zelf.

Het bestek bevat onder meer een deel D, met bepalingen in verband met de toepassing van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’ (hierna: koninklijk besluit uitvoering). De relevante bepalingen daarvan worden hierna geciteerd, bij de bespreking van het vierde middel (zie overweging 71).

3.3. Vijf ondernemingen dienen een offerte in, waaronder de nv Hye en de bv Boskalis Nederland, samen vormend een tm (hierna: Hye en Boskalis), met een offertes prijs van 17.984.618,94 euro, btw niet inbegrepen, en de nv Herbosch-Kiere en de nv Hens, samen vormend een tm (hierna: Herbosch-Kiere – Hens), met een offertes prijs van 18.938.294,56 euro, btw niet inbegrepen.

3.4. Op 2 december 2021 vraagt de verwerende partij aan Hye en Boskalis overeenkomstig artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) om een prijsverantwoording voor de posten 1, 2, 3, 4 en 8 van het voorwaardelijk gedeelte 1 en voor de posten 9, 10 en 33 van het voorwaardelijk gedeelte 2.

Op 12 december 2021 delen Hye en Boskalis hun prijsverantwoording mee. Die bevat onder meer een gedetailleerde berekening van de componenten van de prijzen voor de posten waarvoor een verantwoording gevraagd werd. In verband met de posten van het voorwaardelijk gedeelte 1, delen zij mee dat de bv Boskalis Nederland voor de afzet van de grond zal gebruikmaken van haar “veelvuldige eigen projecten”.

Op 15 december 2021 vraagt de verwerende partij aan Hye en Boskalis om een bijkomende prijsverantwoording voor twee welbepaalde kostenonderdelen in de prijsopbouw van de posten 2 en 3 van het voorwaardelijk gedeelte 1, namelijk de negatieve prijzen van respectievelijk 4,00 euro per m³ in post 2 en 5,00 euro per m³ in post 3, telkens voor de afzet van grond in Rotterdam. Volgens de verwerende partij werd dit “cruciaal element [...] niet verder [...] onderbouwd” en vraagt zij “de bewijsstukken aan te leveren, waaruit blijkt dat deze prijzen marktconform zijn”.

Op 19 december 2021 bezorgen Hye en Boskalis hieromtrent een bijkomende prijsverantwoording. Zij leggen daarin uit dat het uitgegraven zand door de bv Boskalis Nederland gebruikt zal worden voor een nog nader te bepalen eigen project. Zij leggen ook uit dat zij de opbrengst van het door de bv Boskalis Nederland te verkopen zand hebben ingeschat op basis van het door de verwerende partij aangeleverde grondonderzoek, en dat zij rekening gehouden hebben met, enerzijds, de prijzen die de bv Boskalis Nederland in een bepaald recent project in Nederland voor zand afkomstig van de Maasstreek heeft moeten betalen (project waarvan zij het zogenaamde “leverantiecontract” voorleggen), en anderzijds, de kwaliteit van het zand uit Zandvliet ten opzichte van de kwaliteit van het zand in dat andere project. De volledige tekst van deze prijsverantwoording wordt geciteerd in het hierna vermelde gunningsverslag (overweging 3.7, hierna).

3.5. Op 2 december 2021 vraagt de verwerende partij ook aan Herbosch-Kiere – Hens een prijsverantwoording. Die heeft betrekking op de posten 9 en 10 van het voorwaardelijk gedeelte 2.

Op 15 december 2021 deelt Herbosch-Kiere – Hens haar prijsverantwoording mee.

3.6. In een nota van 20 december 2021 voor de Algemene Technische Ondersteuning (ATO) van het departement Mobiliteit en Openbare Werken legt de verwerende partij uit hoe zij te werk gegaan is bij haar onderzoek van de prijsverantwoordingen. Zij bespreekt vooreerst de afwijkingen die zij bij een aantal posten van de offerte van Hye en Boskalis heeft vastgesteld. In dit verband wijst zij onder meer op het belang van post 3 van het voorwaardelijk gedeelte 1: het gemiddelde van de prijzen voor die post bedraagt bijna 23 % van het

gemiddelde van de totaalprijzen van de offertes, terwijl die post in de offerte van Hye en Boskalis slechts een belang van 5 % heeft. De verwerende partij legt uit waarom zij voor sommige van de afwijkingen een prijsverantwoording heeft gevraagd en voor andere niet. Ten slotte geeft zij een beoordeling van de door Hye en Boskalis gegeven prijsverantwoording, en besluit zij dat het vermoeden van abnormale prijzen voor de posten 2 en 3 van het voorwaardelijk gedeelte 1 niet is weerlegd.

In die nota bespreekt de verwerende partij vervolgens de afwijkingen die zij heeft vastgesteld bij een aantal posten van de offerte van Herbosch-Kiere – Hens. Zij legt ook uit waarom zij voor sommige van de afwijkingen wel een prijsverantwoording heeft gevraagd en voor andere niet. Haar conclusie is dat zij de gegeven prijsverantwoording kan aanvaarden, en dat deze offerte aanvaardbaar is.

Deze nota wordt voor advies aan ATO overgemaakt.

Op 22 december 2021 geeft ATO haar advies. Dit bevat opmerkingen over het algemeen prijs- en kostenonderzoek zoals dat door de verwerende partij is gevoerd (punt 1) en over de prijsverantwoording die Hye en Boskalis hebben verstrekt in het kader van het bijzonder prijsonderzoek van hun offerte (punt 2). De conclusie van het advies (punt 3) luidt als volgt:

“Rekening houdend met het bovenstaande wenst ATO zich aan te sluiten bij het standpunt van uw afdeling dat de verantwoording van de posten 2 en 3 [uit het voorwaardelijk gedeelte 1] onvoldoende onderbouwd is om het vermoeden van abnormale prijsvorming te weerleggen. Bijgevolg adviseert ATO om de offerte van de TM Hye □ Boskalis op prijstechnisch vlak als onregelmatig te beschouwen.

De volgende offerte in de rangschikking werd ingediend door de TM Herbosch□Kiere □ Hens. Cf. bovenstaande vaststellingen werden in deze offerte geen schijnbaar abnormale prijzen geïdentificeerd. Bijgevolg is een voortgezet prijs□ of kostenonderzoek cf. art 36 van het K.B. Plaatsing van 18.04.2017 niet nodig én kan ATO adviseren om deze offerte op prijstechnisch vlak als regelmatig te aanzien.”

3.7. Op 22 december 2021 wordt het gunningverslag opgesteld.

Uit de rangschikking na rekenkundig nazicht blijken Hye en Boskalis de laagste offerte te hebben ingediend.

De beschrijving van het prijsonderzoek bestaat voor het grootste deel uit een overname van de overwegingen in de nota van de verwerende partij van 20 december 2021. Ook de conclusie van het advies van ATO van 22 december 2021 wordt geciteerd. De volledige tekst van het prijsonderzoek in het gunningsverslag luidt als volgt:

“3.4. Prijsonderzoek (art. 35-37 KB plaatsing)

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

Het offertebedrag van de laagste inschrijver, TM Hye - Boskalis, ligt 10,38 % lager dan het rekenkundig gemiddelde van de ingediende offertes, en 1,01 % lager dan de raming.

Nazicht van de laagste offerte leert:

In het vast gedeelte van de opdracht zitten geen posten met een belang van meer dan 1 % van de totale contractwaarde, en die tegelijk fel afwijken van de gemiddelde eenheidsprijs op de betreffende post.

In het voorwaardelijk gedeelte 1 van de opdracht zitten verscheidene posten met een gewicht van meer dan 1 % van de totale contractwaarde (of toch waar de gemiddelde inschrijvingsprijs voor deze post meer dan 1 % van de totale contractwaarde van de gemiddelde offerte betreft) én die tegelijk fel afwijken van de gemiddelde eenheidsprijs op de betreffende post.

In het voorwaardelijk gedeelte 2 van de opdracht zitten verscheidene posten met een gewicht van meer dan 1 % van de totale contractwaarde én die tegelijk fel afwijken van de gemiddelde eenheidsprijs op de betreffende post.

De afwijkende posten van het voorwaardelijk gedeelte 1

Een eerste groep van posten, die fel afwijken, betreffen de posten 1, 2, 3 en 4. Het gaat om posten voor grondwerk. Vooral de inschrijvingsprijzen voor post 2 en post 3 bedragen slechts een kwart van de gemiddelde inschrijvingsprijs. Het gaat, zeker wat post 3 betreft, om zéér belangrijke posten. De essentie van het dossier (het bouwen van een dok), is het uitgraven van dat dok. Waar deze post alleen al om en bij de 23 % van het totale werk omvat bij de gemiddelde offerte, heeft deze post in de laagste offerte slechts een belang van 5 %. Mocht de inschrijvingsprijs voor deze posten op het gemiddelde peil liggen, dan werd de totale offerte van de laagste inschrijver ongeveer 3.000.000 EUR duurder. Het is duidelijk dat deze inschrijver laagst scoort in de totaliteit omwille van de zeer lage inschrijvingsprijs op post 3 (en bij uitbreiding op posten 1, 2, en 4). Voor de hoge inschrijvingsprijs van post 8 wordt nagegaan of er sprake is van speculatie.

Er dient opgemerkt dat de gemiddelde inschrijvingsprijs voor de posten 1 tem 4 ook nauw aansluit bij de raming. De prijs van de laagste inschrijver wijkt ook heel fel af van de raming.

Voor de afwijkende posten uit deze groep werd een prijsverantwoording noodzakelijk geacht.

Een tweede groep van posten die afwijkend zijn, betreft posten aangaande het baggerwerk. Met name de posten 58, 59, 63 en 66 hebben een belang van meer dan 1 % en wijken af van de gemiddelde inschrijvingsprijs. Hier zitten posten bij, die merkbaar hoger liggen dan gemiddeld en posten die merkbaar lager liggen dan gemiddeld. De vaststelling is echter dat binnen de postengroep voor het geheel van de baggerwerken deze hogere en lagere prijzen elkaar opheffen, waardoor de kost van het baggerwerk in totaal aanvaardbaar is.

Voor deze afwijkende posten werd daarom geen prijsverantwoording opgevraagd.

Ook voor wat betreft de conservering van de damplanken, een werk dat bestaat uit twee posten, is er een post hoger en een post lager dan gemiddeld. De totaliteit van die twee posten is aanvaardbaar. Dus hoewel één van deze twee posten ook net een groter belang heeft dan 1 % en net meer dan 15 % afwijkend is van de gemiddelde prijs voor deze post, wordt er geen prijsverantwoording noodzakelijk geacht.

De afwijkende posten van het voorwaardelijk gedeelte 2

De posten 9, 10 en 33 vertonen een aanzienlijke afwijking (naar boven) tegenover de gemiddelde inschrijvingsprijs. Middels een vraag om prijsverantwoording wordt nagegaan of er sprake kan zijn van speculatie. Er dient wel opgemerkt dat de inschrijvingsprijzen voor post 9 een extreem grote spreiding vertonen. Het gemiddelde bedraagt ook het tienvoud van de ramingsprijs.

Gelet op bovenstaande werd op 03-12-2021 een prijsverantwoording opgevraagd aan de TM Hye - Boskalis voor de eenheidsprijzen van de betrokken posten. Op 12-12-2021 ontving de aanbestedende overheid de prijsverantwoording voor deze posten. De aanbestedende overheid is van oordeel dat de verantwoording van één bepaald kostenonderdeel in de prijsopbouw van twee van de verantwoorde posten onvoldoende onderbouwd is. Het gaat met name om een negatieve prijs van 4.00 EUR resp. 5.00 EUR voor de overname van gronden uit de posten 2 en 3 van het voorwaardelijk deel 1. Daarom is een bijkomende vraag over dit kostenonderdeel gesteld aan de TM Hye-Boskalis op 15-12-2021. De TM Hye-Boskalis heeft geantwoord op 19-12-2021.

Beoordeling van de prijsverantwoording van de laagste inschrijver

Posten voor grondwerk:

De grondwerken zouden uitgevoerd worden door Boskalis, lid van de tijdelijke maatschap Hye-Boskalis. De prijsverantwoording van Boskalis is erg gedetailleerd. Alle eenheidsprijzen voor de posten zijn opgedeeld in onderdelen, die op hun beurt duidelijk de uurtarieven en de beoogde rendementen weergeven. De samenstellende onderdelen zijn allemaal duidelijk weldoordacht. De rendementen liggen hoog, maar dat kan bij dit grootschalige werk. De uurtarieven lijken aanvaardbaar. Cruciaal element in de prijsopbouw is de negatieve prijs van 4 EUR/m³ (post 2) en 5 EUR/m³ (post 3) voor afzet van de grond in Rotterdam.

Middels een bijkomende vraag heeft de aanbestedende overheid aan de TM Hye Boskalis gevraagd de bewijsstukken voor te leggen, waaruit moet blijken dat deze prijs marktconform is.

De TM Hye Boskalis heeft geantwoord: ‘Boskalis is de grootste leverancier van zand op de Nederlandse markt en wint en verkoopt jaarlijks via haar zandhandel tussen de 3 en 5 miljoen m³ zand (2021: 4.2 mio m³, incl. deelnemingen). Daarnaast levert Boskalis zand aan de eigen projecten. De zandleverantie aan eigen projecten (2021: 4.1 mio m³) fluctueert vanzelfsprekend over de jaren in enige mate, afhankelijk van het projectvolume in de orderportefeuille. Het zand dat vrijkomt bij het baggeren van het wachtdok willen wij bij voorkeur toepassen in een eigen project. Gezien de uitvoeringsperiode van de werken in Zandvliet kunnen wij nu nog niet aangeven welk project hiervoor in aanmerking komt. Dit is afhankelijk van de uitvoeringsperiode van de werken in Zandvliet in combinatie met de projecten die wij op dat moment in uitvoering hebben. Wij hebben de waarde van het zand ingeschat op basis van het door OG [de opdrachtgever] aangeleverde grondonderzoek. Een voorbeeld van een leverantiecontract aan een project is als bijlage toegevoegd. Hierbij heeft het project Maasbaggeren zand geleverd ten behoeve van het dempen van de Rijnhaven. De verkoopprijs op dat project bedroeg Euro 6,50 per beun-m³. Hierbij dient opgemerkt te worden dat voor dit zand een korreldiameter $\geq 250 \mu\text{m}$ vereist was. Voor het zand uit Zandvliet verwachten wij een mindere kwaliteit (lemig zand: kleinere en meer [wisselende] korreldiameter) waardoor wij de waarde naar beneden hebben bijgesteld.’

Het bijgevoegde leverantiecontract, dat bij wijze van voorbeeld werd meegestuurd, handelt over de verkoop van een partij van 80.000 m³ maaszand. De waarde ervan wordt bepaald op 6,5 EUR/m³. Voor het project te Zandvliet gaat het om bijna 300.000 m³ en werd deze prijs omwille van ‘een mindere kwaliteit ... naar beneden ... bijgesteld’. Naar 4,00 resp 5,00 EUR voor grond afkomstig uit de paaiplaats enerzijds en uit het dok anderzijds, zonder verdere detaillering of argumentatie.

De inschrijver stelt dat deze prijs werd bepaald ‘op basis van het door [de] opdrachtgever aangeleverde grondonderzoek’ en dus expliciet niet op basis van ‘eigen boringen en bevindingen’ wat nochtans in het bestek vereist wordt. Het bestek stelt bovendien [dat] ‘het grondmechanisch onderzoek tot doel had om de in de rapporten genoemde grondmechanische karakteristieken te onderzoeken en dat bijgevolg de aanbestedende overheid geen enkele waarborg geeft over interpretaties voor andere grondmechanische problemen’.

De aanbestedende overheid kan op basis van de aangeleverde elementen niet besluiten dat het vermoeden van abnormale prijs wordt weerlegd voor de posten 2 en 3 uit het voorwaardelijk deel 1.

Voor post 8 lijken de voorgestelde prijsonderdelen en rendementen goed onderbouwd en aanvaardbaar. De voorziene hoeveelheid is ook hoog, en correct, waardoor speculatie niet gevreesd moet worden.

Voor de drie posten uit het voorwaardelijk gedeelte 2 heeft TM Hye-Boskalis prijsverantwoording gegeven. Voor deze posten werd uitvoerig omschreven en onderbouwd wat er allemaal in de prijzen inbegrepen werd. Deze verantwoording is aanvaardbaar en leidt tot het besluit dat vrees voor speculatie niet gegrond is.

Advies ATO

De aanbestedende overheid heeft het dossier aan de ATO voorgelegd voor prijstechnisch advies op 20-12-2021. De ATO heeft in haar antwoord van 22-12-2021 bevestigd dat: ‘de verantwoording van de posten 2 en 3 onvoldoende onderbouwd is om het vermoeden van abnormale prijsvorming te weerleggen. Bijgevolg adviseert ATO om de offerte van de TM Hye - Boskalis op prijstechnisch vlak als onregelmatig te beschouwen. De volgende offerte in de rangschikking werd ingediend door de TM Herbosch-Kiere - Hens. Cf. bovenstaande vaststellingen werden in deze offerte geen schijnbaar abnormale prijzen geïdentificeerd. Bijgevolg is een voortgezet prijs of kostenonderzoek cf. art 36 van het K.B. Plaatsing van 18.04.2017 niet nodig én kan ATO adviseren om deze offerte op prijstechnisch vlak als regelmatig te aanzien.’

Besluit met betrekking tot de laagste inschrijver

Ondanks herhaalde vraag geeft de inschrijver geen inzicht in cruciale elementen van de prijsopbouw van de eenheidsprijzen voor 2 zeer belangrijke posten uit de opdracht. Het gaat om eenheidsprijzen die zeer fel afwijken van de gemiddelde eenheidsprijs voor deze posten, en die zeer fel afwijken van de raming. De aanbestedende overheid kan op basis van de aangeleverde elementen niet besluiten dat het vermoeden van abnormale prijs wordt weerlegd. Daarom is de offerte van de laagste inschrijver onregelmatig.”

3.8. In navolging van hun e-mailbericht van 19 december 2021 dienen Hye en Boskalis op 18 januari 2022 nog een bijkomende prijsverantwoording in. Daarin geven zij nadere preciseringen over de wijze waarop de bv Boskalis Nederland zand levert aan haar eigen projecten en aan de markt. Zij voegen ook een recente factuur toe van een levering van zand door een *joint venture* waarin de bv Boskalis Nederland deelneemt aan een zandbedrijf uit Rotterdam. Zij concluderen daaruit dat de bij hun inschrijving gehanteerde prijzen conform zijn aan de markttarieven in Rotterdam.

3.9. Op een niet nader bepaalde datum nemen de voorzitter van de raad van bestuur en de gedelegeerd bestuurder van de nv De Vlaamse Waterweg de beslissing om de opdracht te gunnen aan Herbosch-Kiere – Hens. In de consideransen van de beslissing wordt onder meer overwogen “dat na onderzoek van de eenheidsprijzen, de inschrijvingsprijzen van de offerte van TM Hye-Boskalis als onregelmatig worden beschouwd”.

Dit is de bestreden beslissing.

Met een aangetekende brief van 3 februari 2022 worden Hye en Boskalis ervan in kennis gesteld dat hun offerte onregelmatig is bevonden. De brief

bevat de motieven van de wering van hun offerte in de vorm van een uittreksel uit het gunningsverslag, namelijk een letterlijk citaat van punt 3.4 daarvan (zie overweging 3.7, hiervoor). Als bijlage bij de brief wordt ook de gunningsbeslissing gevoegd.

IV. Vertrouwelijkheid van bepaalde stukken

Verzoek tot openbaarmaking van bepaalde stukken

4. In hun verzoekschrift voeren de verzoekende partijen aan dat het cruciaal is dat zij kennis kunnen nemen van alle stukken met betrekking tot het prijsonderzoek. Zij verwijzen in dit verband naar het vertrouwelijk stuk 7, dat volgens de inventaris van het administratief dossier ‘documenten m.b.t. het prijsonderzoek’ bevat, maar waaruit zij niet kunnen afleiden om welke documenten het precies gaat. Zij wijzen erop dat de verwerende partij in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid herhaaldelijk naar dat stuk heeft verwezen.

De verzoekende partijen verzoeken vooreerst om kennis te krijgen van de door de verwerende partij gehanteerde methode om abnormaal lijkende prijzen te detecteren en van de door haar toegepaste afwegingsregels. De uitleg die de verwerende partij daarover gaf tijdens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid is integraal *post factum* uitgewerkt. Teneinde te kunnen nagaan “of de door de verwerende partij gehanteerde detectiemethode een pertinente methode betrof en op gelijke wijze werd toegepast op de overige inschrijvers, dient tevens de vertrouwelijkheid te worden opgeheven van de (beoordeling van de) prijszetting van de gekozen inschrijver”.

De verzoekende partijen vragen daarnaast ook de opheffing van de vertrouwelijkheid van de stukken die betrekking hebben op de beoordeling van hun eigen prijsverantwoording. Zij wensen kennis te krijgen van het voornoemde stuk 7, en in het bijzonder van het advies van ATO, om te kunnen nagaan of de verwerende partij bij het beoordelen van de offertes rekening heeft gehouden met het grensoverschrijdend belang van de opdracht en met de invloed daarvan op de verschillen in prijszetting tussen de participerende inschrijvers.

Ten slotte vragen de verzoekende partijen de opheffing van de vertrouwelijkheid van de beoordeling van de “eigen bevindingen en boringen” van de inschrijvers, in het bijzonder van de stukken waarvan in het kader van de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid werd beweerd dat daaruit zou blijken dat de gekozen inschrijver eigen boringen heeft uitgevoerd en daarop zijn prijszetting heeft gesteund. Zij wijzen erop dat zij onder meer in het zesde middel aanvoeren dat het onvermijdelijk is dat de andere inschrijvers hetzij eenvoudig gesteund hebben op de in het bestek opgelijste grondmechanische onderzoeken, hetzij gesteund hebben op eigen boringen, die dan echter onmogelijk konden voldoen aan wat vereist was.

5. In haar memorie van antwoord betwist de verwerende partij dat de verzoekende partijen een belang zouden hebben bij het lichten van de vertrouwelijkheid van stuk 7, waaronder het advies van ATO, gelet onder meer op het antwoord dat zij zal geven op de grieven die in de daarmee verband houdende middelen worden aangevoerd. Bovendien bevatten die stukken ook gegevens in verband met de prijszetting door de gekozen inschrijver. Dergelijke gegevens bevatten commerciële geheimen, die beschermd moeten worden.

Voorts verklaart de verwerende partij formeel dat zij niet beschikt over documenten met betrekking tot de eigen boringen van de gekozen inschrijver. De vertrouwelijkheid van die onbestaande stukken kan dan ook niet gelicht worden.

6. In hun memorie van wederantwoord benadrukken de verzoekende partijen dat zij geen inzicht krijgen in de werkelijke toepassing van de door de verwerende partij uiteengezette detectiemethode, noch in de pertinentie daarvan, noch in het vermogen van die methode om de gelijkheid van de inschrijvers te waarborgen, vermits al deze informatie door de verwerende partij wordt gebundeld in haar vertrouwelijk stuk 7.

Zij betwisten dat zij hierbij geen belang zouden hebben: een inschrijver moet immers kunnen nagaan of de gehanteerde detectiemethode

performant is, en in staat om de gelijkheid van de inschrijvers te waarborgen. De gedeeltelijke informatie stelt de verzoekende partijen niet in staat om de wettigheid van de detectiemethode na te gaan en zelfs niet om daaromtrent wettigheidsgrievens te ontwikkelen. De verwerende partij geeft zelf toe dat haar detectiemethode ondoorgrondelijk is zonder inzage in de concrete toepassing, maar verhult die concrete toepassing tegelijkertijd achter de vertrouwelijkheid.

De verzoekende partijen stellen dat zij niet erop uit zijn om de prijzen van de overige inschrijvers te weten te komen. Zij herhalen dat zij wensen te weten te komen of de detectiemethode, die de rechtstreekse aanleiding is geweest voor de onregelmatigverklaring van hun offerte, een pertinente methode was en of zij op dezelfde wijze werd toegepast op alle andere inschrijvers.

Zij benadrukken eveneens dat in het ontvangen uittreksel uit het gunningsverslag niet alleen de uiteenzetting van de detectiemethode en de afwegingsregels werd weggelaten maar evenzeer de beoordeling van de offertes van hun concurrenten. Zij voeren aan dat zij op grond van artikel 2*bis*, lid 2, vierde alinea, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (hierna: richtlijn 89/665/EEG) en artikel 2*bis*, lid 2, vierde alinea, van richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (hierna: richtlijn 92/13/EEG) recht hebben op een “samenvattende beschrijving van de relevante redenen”. Via de opheffing van de vertrouwelijkheid (van de stukken met betrekking tot het prijsonderzoek) wensen zij alsnog kennis te krijgen van alle voor hen relevante motieven.

In verband met het advies van ATO benadrukken de verzoekende partijen dat zij een inzicht willen krijgen in de wijze waarop hun eigen prijsverantwoording is beoordeeld. In zoverre dat advies ook beschouwingen

bevat over de prijszetting van enkele andere inschrijvers, moet het voor de verwerende partij mogelijk zijn om een geredacteerd versie van het advies openbaar te maken. Er kan ook geen bezwaar bestaan tegen de openbaarmaking van enkele algemene overwegingen betreffende de overige inschrijvers in de louter inleidende beschouwingen van het advies.

De verzoekende partijen merken op dat de gekozen inschrijver niet is tussengekomen in de vernietigingsprocedure en dat de opheffing van de vertrouwelijkheid beperkt is tot de contouren van de vernietigingsprocedure en de daarbij betrokken partijen. Er bestaat dan ook geen enkel risico dat een concurrent van de verzoekende partijen kennis zou kunnen nemen van hun prijzen.

Wat de vraag betreft tot opheffing van de vertrouwelijkheid van de documenten met betrekking tot de eigen boringen van de gekozen inschrijver, betwisten de verzoekende partijen dat deze geen nut zou hebben. Zij voeren aan dat de kwaliteit van de boringen wel degelijk ertoe doet. Zij nemen voorts akte van het feit dat de verwerende partij thans, voor het eerst in haar memorie van antwoord, stelt dat zij niet beschikt over enige informatie met betrekking tot de eigen boringen van de inschrijvers. Dit toont aan dat de verwerende partij haar onderzoeksplicht inzake de regelmatigheid van de offertes klaarblijkelijk niet zorgvuldig heeft uitgevoerd. Het administratief dossier is kennelijk onvolledig. Dit verhindert niet de toepassing van artikel 21, derde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State: wanneer geen dossier of een onvolledig dossier wordt ingediend, worden de door de verzoekende partij aangehaalde feiten als bewezen geacht, “minstens die feiten ter weerlegging waarvan geen stukken in het administratief dossier werden bijgebracht”.

7. In hun laatste memorie merken de verzoekende partijen nog op dat voor zover geargumenteed zou worden dat de opheffing van de vertrouwelijkheid geweigerd moet worden omdat daardoor de eenheidsprijzen van alvast de gekozen inschrijver toegankelijk zouden worden, hun verzoek niet tot doel heeft om de eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver te gebruiken, maar wel om de vaststelling van de detectiemethode inzake abnormaal lijkende prijzen te kunnen verifiëren en om te kunnen nagaan of die methode kan garanderen dat de

verzoekende partijen alle waarborgen inzake informatieverstrekking genieten die de richtlijn hen biedt (informatie over de “relevante redenen”). Overigens is het mogelijk om in een niet-vertrouwelijke versie van de documenten met betrekking tot het prijsonderzoek de eenheidsprijzen van de inschrijvers weg te laten.

De verzoekende partijen benadrukken dat door de verwerende partij meermaals wordt verwezen naar het advies van ATO, maar dat het voor hen een raadsel is waarop ATO gesteund heeft. Het ATO-advies zou kunnen blootleggen “dat er discriminatie in het spel is inzake de acceptatieregels met betrekking tot het zand”. Zij herinneren er voorts aan dat de aanbestedende overheid overeenkomstig artikel 36, § 3, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 zich niet mag steunen op andere elementen dan die welke in de prijsverantwoording zijn opgegeven, tenzij die andere elementen worden voorgelegd aan de inschrijver zodat hij erop kan reageren. Om te kunnen nagaan of de verwerende partij deze regel nagekomen is, is inzage in vertrouwelijk stuk 7 van het administratief dossier, en inzonderheid in het advies van ATO, cruciaal.

In verband met de stukken met betrekking tot de eigen boringen van de gekozen inschrijver merken de verzoekende partijen op dat, als die stukken zich niet zouden bevinden in het administratief dossier, zij door de gekozen inschrijver wel werden gevoegd bij zijn verzoekschrift tot tussenkomst in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Er kan dan ook geen bezwaar bestaan tegen het alsnog openbaar maken van die stukken in de voorliggende procedure.

De verzoekende partijen betwisten voorts dat de verwerende partij niet had moeten onderzoeken of alle inschrijvers al dan niet eigen boringen hadden uitgevoerd. Wanneer het bestek bepaalt dat een opdrachtnemer zijn prijzen “uitsluitend” bepaalt volgens eigen bevinden en boringen, dan ging het klaarblijkelijk om een minimale bestekeis, waarvan de aanbestedende overheid wel degelijk de naleving bij alle inschrijvers had moeten nagaan, en niet enkel bij de verzoekende partijen.

De verzoekende partijen benadrukken ten slotte dat de vertrouwelijkheid de rechtscontrole niet disproportioneel mag verhinderen, dat er geen automatisme mag bestaan inzake vertrouwelijkheid, en dat in geval van twijfel de rechter ter zake aan belangenafweging dient te doen. Opdat documenten *überhaupt* als vertrouwelijk beschouwd kunnen worden, moet er sprake zijn van een marktverstoring voordeel bij het vrijgeven van zakengeheimen, wat te dezen niet het geval is.

Beoordeling

8. Artikel 26 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: rechtsbeschermingswet) luidt als volgt:

“De verhaalinstantie moet de vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van zakengeheimen waarborgen met betrekking tot de informatie die is vervat in door de betrokken partijen, in het bijzonder door de aanbestedende instantie die het volledige dossier dient over te leggen, aan haar overgelegde dossiers, ook al kan zijzelf van deze informatie kennis nemen en deze in haar beschouwing betrekken. Het komt deze instantie toe te oordelen in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze informatie moeten worden gewaarborgd, rekening houdend met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en van de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen en met het vereiste dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt.”

9. Op grond van die bepaling dient de Raad van State, als de ter zake bevoegde verhaalinstantie, de maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn om, enerzijds, de vertrouwelijkheid van bepaalde commerciële gegevens en zakengeheimen te waarborgen, en anderzijds, het recht van de partijen op een effectieve rechtsbescherming en op een eerlijk proces te waarborgen, in het bijzonder door te voorzien in een voldoende mate van tegenspraak. Het recht op tegenspraak impliceert niet het recht van de partijen op een onvoorwaardelijke en onbeperkte toegang tot alle bij de Raad van State ingediende gegevens (zie HvJ, 14 februari 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, punt 51; HvJ, 7 september 2021, Klaipedos regiono atlieku tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punt 129).
ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.259.685 XII-9189-16/104

Het kan in bepaalde gevallen immers “noodzakelijk zijn dat bepaalde gegevens niet aan partijen worden meegedeeld teneinde de fundamentele rechten van een derde te vrijwaren of een belangrijk algemeen belang veilig te stellen” (geciteerd arrest Varec, punt 47, met verwijzing naar de rechtspraak van het EHRM in verband met artikel 6, § 1, EVRM, in het bijzonder EHRM (gr. k.), 16 februari 2000, Rowe en Davis t. Verenigd Koninkrijk, nr. 28901/95, § 61; geciteerd arrest Klaipedos regiono atlieku tvarkymo centras, punt 131).

Een beperking van het recht op toegang waartoe krachtens de voornoemde wetsbepaling kan worden besloten, veronderstelt in de eerste plaats dat het daadwerkelijk gaat om een vertrouwelijk gegeven of een zakengeheim, dat specifiek is geïdentificeerd door de partij die zich erop beroept en dat als zodanig is erkend door de Raad van State op basis van het bewijsmateriaal waarover hij beschikt.

Indien de Raad van State vaststelt dat bepaalde stukken een vertrouwelijk karakter hebben, dan staat het aan hem, op grond van artikel 26 van de rechtsbeschermingswet, om de bescherming van de rechtmatige commerciële belangen van de betrokken ondernemer of de eerlijke mededinging tussen ondernemers af te wegen tegen het recht van de andere partijen op tegenspraak. Hij kan dan beslissen dat de toegang tot bepaalde gegevens geheel of gedeeltelijk moet worden geweigerd of ten minste moet worden georganiseerd volgens modaliteiten die hij vaststelt.

In dat geval moet de Raad van State erover waken dat moeilijkheden die een partij ondervindt door de beperking van haar recht van toegang tot bepaalde stukken, voldoende gecompenseerd worden door de procedure die voor de Raad van State gevolgd wordt, derwijze dat die zoveel als mogelijk in overeenstemming is met het recht op een eerlijk proces, in het bijzonder met de vereisten van een contradictoire procedure (zie de hiervoor bedoelde rechtspraak van het EHRM, onder meer EHRM (gr. k.), 16 februari 2000, Rowe en Davis t. Verenigd Koninkrijk, nr. 28901/95, § 61; zie in de latere rechtspraak ook EHRM (gr. k.), 19 september 2017, Regner t. Tsjechische Republiek, nr. 35289/11, § 148; EHRM (gr. k.), 26 september 2023, Yüksel

Yalçinkaya t. Turkije, nr. 15669/20, § 308; EHRM (gr. k.), 14 december 2023, advies over een vraag gesteld door de Belgische Raad van State, P16-2023-001, § 117).

Indien de Raad daarentegen niet kan vaststellen dat vertrouwelijke gegevens in het geding zijn, dan is de bij artikel 26 van de rechtsbeschermingswet opgelegde afweging zonder voorwerp, en kan er geen beletsel zijn om de door een partij neergelegde stukken, en in het bijzonder de stukken die deel uitmaken van het administratief dossier, voor de andere partijen toegankelijk te maken.

10. De partij die om de openbaarmaking van vertrouwelijke stukken verzoekt, moet aannemelijk maken dat de openbaarmaking haar zaak kan dienen, met andere woorden dat de niet-vertrouwelijke stukken niet volstaan om haar betoog te onderbouwen. Er is geen aanleiding tot lichte van de vertrouwelijkheid als de betrokken partij niet aantoont welk belang zij daarbij zou hebben.

Het lichten van de vertrouwelijkheid van een stuk dat vertrouwelijke informatie of zakengeheimen bevat, is slechts mogelijk indien zulks noodzakelijk is om het recht op een eerlijk proces te waarborgen. Wat meer in het bijzonder een daartoe strekkend verzoek uitgaande van een verzoekende partij betreft, betekent dit dat deze partij aannemelijk moet maken dat zij zonder kennisneming van het vertrouwelijk stuk niet over voldoende gegevens beschikt om haar middelen te formuleren. Het lichten van de vertrouwelijkheid van een stuk is daarentegen niet nodig als blijkt dat de verzoekende partij niet gehinderd is, bij het aanvoeren van haar middelen, door het feit dat het betrokken stuk vertrouwelijk is gebleven.

De vertrouwelijkheid van een stuk moet ook niet gelicht worden als blijkt dat de voor de vragende partij nuttige gegevens daarvan zijn overgenomen in andere, niet-vertrouwelijke stukken van het dossier. Dit kunnen bijvoorbeeld zijn: een stuk waarin de vertrouwelijke delen onleesbaar zijn gemaakt, briefwisseling tussen de partijen, het gunningsverslag of processtukken uitgaande van de partijen in het geding.

De Raad van State herinnert ten slotte eraan dat, indien de vertrouwelijkheid van bepaalde commerciële gegevens of zakengeheimen gehandhaafd blijft, hijzelf in elk geval van de betrokken stukken kennis kan nemen en deze in zijn beschouwingen kan betrekken. Hij kan aldus de juistheid nagaan van de veronderstellingen waarop de grieven van de verzoekende partij steunen, en verifiëren of de door de aanbestedende overheid gegeven redenen, ter verantwoording van de wettigheid van de bestreden beslissing, steun vinden in de vertrouwelijke stukken van het dossier.

Vertrouwelijk stuk 7

11. Het vertrouwelijk stuk 7, waarvan de gehele of gedeeltelijke opheffing van de vertrouwelijkheid wordt verzocht, bestaat uit een reeks documenten. Het gaat vooreerst om tabellen met de eenheidsprijzen van alle inschrijvers. Die tabellen bevatten ook, voor respectievelijk de verzoekende partijen en de gekozen inschrijver, voor elke post de afwijking van de prijs voor die post ten opzichte van de gemiddelde prijs van alle inschrijvers voor die post, het aandeel van de prijs voor die post in de totale offerteprijs van de betrokken inschrijver, en het aandeel van de gemiddelde prijs van alle inschrijvers voor die post in de gemiddelde totale offerteprijs van alle inschrijvers. Vervolgens bevat stuk 7 de briefwisseling in verband met de prijsbevraging door de verwerende partij aan respectievelijk de verzoekende partijen (van 2 december 2021 tot 18 januari 2022) en de gekozen inschrijver (van 2 tot 15 december 2021). Deze briefwisseling bestaat voor elk van die inschrijvers uit de bevraging door de verwerende partij en de verantwoording gegeven door de betrokken inschrijver. Ten slotte bevat stuk 7 ook een nota van de verwerende partij van 20 december 2021 in verband met het door haar gevoerde algemeen en bijzonder prijsonderzoek en het advies van ATO van 22 december 2021 in verband met dat onderzoek.

De verzoekende partijen vragen om de vertrouwelijkheid te lichten van de onderdelen van dit stuk 7 die betrekking hebben op de uiteenzetting van de detectiemethode en de afwegingsregels, de prijsverantwoording gegeven door de gekozen inschrijver, de beoordeling door de verwerende partij van de

prijsverantwoordingen gegeven door respectievelijk de verzoekende partijen en de gekozen inschrijver, en het advies van ATO.

12. In zoverre het verzoek om openbaarmaking betrekking heeft op de detectiemethode en de afwegingsregels, blijken de verzoekende partijen het in feite enkel te hebben over de detectiemethode, dit wil zeggen de methode om de abnormaal lijkende prijzen te identificeren. In het vertrouwelijk stuk 7 blijkt die methode uit de tabellen met de eenheidsprijzen, waarin de afwijkingen van de eenheidsprijzen ten opzichte van bepaalde gemiddelde prijzen zijn berekend.

De Raad van State stelt vast dat de toegepaste detectiemethode duidelijk is uiteengezet in het gunningsverslag, niet-vertrouwelijk stuk in het administratief dossier dat de verwerende partij in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid heeft neergelegd, en ook in het uittreksel uit het gunningsverslag dat aan de verzoekende partijen werd bezorgd bij de kennisgeving van de bestreden beslissing. Inzage in het vertrouwelijk stuk 7 is dan ook niet noodzakelijk opdat de verzoekende partijen wettigheidsbezwaren tegen de detectiemethode zouden kunnen aanvoeren. Via de informatie vervat in het gunningsverslag kunnen zij met name de pertinentie van de methode betwisten.

Het is juist dat de verzoekende partijen niet kunnen nagaan of de detectiemethode op een gelijke wijze is toegepast op alle inschrijvers. Dit is echter geen voldoende reden om de vertrouwelijkheid te lichten van de eenheidsprijzen die in de tabellen zijn opgenomen. Bij het onderzoek van het tweede middel, waarin een grief in verband met een mogelijke schending van het gelijkheidsbeginsel wordt aangevoerd, zal de Raad van State daarom zelf verifiëren of de inschrijvers op dezelfde manier behandeld zijn (zie overweging 53, hierna).

Het verzoek tot openbaarmaking van de detectiemethode wordt bijgevolg afgewezen.

13. In zoverre het verzoek om openbaarmaking betrekking heeft op de prijsverantwoording gegeven door de gekozen inschrijver, gaat het om

bedrijfsgevoelige informatie. De vertrouwelijkheid van die informatie dient beschermd te worden. De Raad van State wijst erop dat de verzoekende partijen trouwens zelf vragen om de door hen gegeven prijsverantwoording als vertrouwelijk te beschouwen.

In die omstandigheden wordt het verzoek tot openbaarmaking van de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver afgewezen. In zoverre die prijsverantwoording relevant is voor de beoordeling van de middelen, zal de Raad van State ervan kennis kunnen nemen en ze in zijn beoordeling kunnen betrekken.

14. In zoverre het verzoek om openbaarmaking betrekking heeft op de beoordeling door de verwerende partij van de prijsverantwoordingen gegeven door respectievelijk de verzoekende partijen en de gekozen inschrijver, dient opgemerkt te worden dat die beoordeling is vervat in de nota van de verwerende partij van 20 december 2021 voor ATO in verband met het gevoerde prijsonderzoek.

14.1. Die nota bevat in de eerste plaats een beoordeling van de prijzen en de prijsverantwoording van de verzoekende partijen. Die beoordeling is bijna letterlijk overgenomen in het gunningsverslag en in het uittreksel daarvan dat aan de verzoekende partijen is meegedeeld. Om de redenen die in verband met het verzoek om openbaarmaking van de detectiemethode werden uiteengezet (zie overweging 12, hiervoor), wordt het verzoek om openbaarmaking van dit deel van de nota afgewezen.

De Raad van State, die de nota heeft kunnen vergelijken met het gunningsverslag, stelt vast dat twee zinnen uit de nota niet zijn overgenomen in het gunningsverslag. Het gaat om zinnen waarin de verwerende partij een appreciatie geeft van de door de verzoekende partijen vooropgezette negatieve prijs voor de afzet van grond in Rotterdam (posten 2 en 3 van het voorwaardelijk gedeelte 1) en de door hen vooropgezette prijs voor de afzet van grond op een stortplaats in Nederland (post 4 van het voorwaardelijk gedeelte 1). Kennelijk vond de verwerende partij het uiteindelijk niet nodig om die appreciaties te laten meespelen in de motieven voor de verwerping van de prijsverantwoording door de verzoekende partijen. Nu die zinnen de bestreden beslissing aldus niet blijken te

ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.259.685 XII-9189-21/104

dragen, hebben de verzoekende partijen geen belang bij het lichten van de vertrouwelijkheid ervan.

14.2. De voornoemde nota bevat in de tweede plaats ook een beoordeling van de prijzen en de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver. Die beoordeling, die concludeert dat er bij de gekozen inschrijver geen abnormale prijzen zijn, is niet overgenomen in het gunningsverslag.

Juist zoals de prijzen en de prijsverantwoording gegeven door de gekozen schrijver (zie overweging 13, hiervoor), bevat de beoordeling daarvan door de verwerende partij bedrijfsgevoelige informatie, die beschermd moet worden.

In verband met de beoordeling van de prijszetting van de gekozen inschrijver, zetten de verzoekende partijen in het tweede middel uiteen dat zij betwijfelen of de verwerende partij op die prijszetting de detectiemethode op dezelfde wijze heeft toegepast als op hun prijszetting. Zoals hiervoor al is overwogen (zie overweging 12, hiervoor), zal de Raad van State bij het onderzoek van dat middel verifiëren of de inschrijvers op dezelfde manier behandeld zijn.

Het verzoek tot openbaarmaking van de beoordeling van de prijzen en de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver wordt afgewezen.

15. In zoverre het verzoek om openbaarmaking betrekking heeft op het advies van ATO, blijkt uit de motivering van dat verzoek dat de verzoekende partijen willen nagaan of ATO bij de beoordeling van hun prijsverantwoording rekening heeft gehouden met het grensoverschrijdend belang van de opdracht en specifiek met de prijzen voor de afzet van grond op de Nederlandse markt.

Zoals hiervoor is opgemerkt, bevat het gunningsverslag een uitvoerige beoordeling van de prijsverantwoording van de verzoekende partijen. Daarbij wordt ook de conclusie van ATO letterlijk aangehaald. Hieruit blijkt dat de conclusie van de verwerende partij, namelijk dat het vermoeden van abnormale prijzen voor de posten 2 en 3 van het voorwaardelijk gedeelte 1 niet wordt

weerlegd door de gegeven prijsverantwoording, expliciet wordt onderschreven door ATO.

Het is de beoordeling in het gunningsverslag die geacht moet worden de motieven te bevatten voor de beslissing van de verwerende partij om de offerte van de verzoekende partijen onregelmatig te verklaren. In zoverre het advies van ATO bijkomende motieven zou bevatten, die geen neerslag gevonden zouden hebben in de beoordeling door de verwerende partij, gaat het om motieven die de bestreden beslissing niet dragen. De Raad van State kan voorts bevestigen dat er niets is in het advies van ATO dat de motieven van de verwerende partij tegenspreekt.

De verzoekende partijen tonen dan ook niet aan dat zij een belang hebben bij de inzage van het advies van ATO. Het verzoek tot openbaarmaking van dat advies wordt derhalve afgewezen.

Eigen boringen van de gekozen inschrijver

16. De verzoekende partijen vragen de opheffing van de vertrouwelijkheid van het vertrouwelijk stuk 4 van het administratief dossier (“Offerte TM Herbosch-Kiere – Hens”), “minstens in zoverre daarin de technische stukken figureren die betrekking hebben op de eigen boringen die de gekozen inschrijver zou hebben uitgevoerd”.

De verwerende partij antwoordt op dat verzoek onder meer dat zij niet over dergelijke documenten beschikt. Zij preciseert dat documenten als bedoeld door de verzoekende partijen geen deel uitmaken van het vertrouwelijk stuk 4, noch van het vertrouwelijk stuk 7 (“Documenten m.b.t. het prijsonderzoek”), noch van enig ander stuk van het administratief dossier.

In het licht van die verklaring vragen de verzoekende partijen in hun laatste memorie om de opheffing van de vertrouwelijkheid van het vertrouwelijk stuk 3 (“Bewijsstukken boringen”), dat de gekozen inschrijver als

tussenkomen de partij heeft neergelegd in de procedure inzake de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

17. Uit het nazicht van de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier blijkt dat dit dossier inderdaad geen stukken bevat die betrekking hebben op de boringen uitgevoerd door de gekozen inschrijver of op diens bevindingen ter zake.

Zoals de verzoekende partijen terecht opmerken, heeft de gekozen inschrijver, optredend als tussenkomen de partij, daarentegen wel bepaalde stukken voorgelegd in verband met de door hem uitgevoerde boringen.

18. De verzoekende partijen situeren hun belang bij de inzage in de stukken in verband met de boringen van de gekozen inschrijver bij de grief die het voorwerp vormt van het zesde middel. Daarin voeren zij onder meer aan dat het onmogelijk was voor een inschrijver om eigen boringen uit te voeren die representatief zouden zijn voor het gehele projectgebied of die gelijkwaardig zouden zijn aan de boringen die het voorwerp waren van de bij de opdracht documenten gevoegde onderzoeksrapporten.

Bij de beoordeling van het vierde en het zesde middel zal blijken dat de verwerende partij haar oordeel in verband met het abnormaal karakter van de minprijzen van de verzoekende partijen voor de posten 2 en 3 van het voorwaardelijk deel 1 in de eerste plaats heeft gesteund op het feit dat die partijen voor die prijzen geen gedetailleerde of beargumenteerde verantwoording hebben gegeven. Tot verdere uitwerking van die bevinding heeft zij ook opgemerkt dat de verzoekende partijen voor de bepaling van die prijzen niet gesteund hebben op eigen boringen en bevindingen, zoals nochtans door het bestek vereist was (zie overwegingen 73 en 94, hierna).

Bij de bespreking van het zesde middel zal de Raad van State voorts vaststellen, enerzijds, dat de kwestie van de eigen boringen wel relevant is gebleken voor de beoordeling van de prijsverantwoording van de verzoekende partijen, maar niet voor de beoordeling van de prijsverantwoording van de gekozen

inschrijver, en anderzijds, dat het bestek geen eigen boringen vereiste op straffe van onregelmatigheid van de offerte (zie overweging 94, hierna). De stukken waarvoor de verzoekende partijen de lichte van de vertrouwelijkheid vragen, blijken dus geen invloed te hebben op de wettigheid van de bestreden beslissing.

Daargelaten of de betrokken stukken al dan niet vertrouwelijk van aard zijn, blijken de verzoekende partijen geen belang te hebben bij de inzage ervan. Die vaststelling volstaat om hun verzoek tot lichte van de vertrouwelijkheid ervan af te wijzen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

19. In een eerste middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de artikelen *2bis*, lid 2, vierde alinea, eerste streepje, van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), de artikelen 5 en 8 van de rechtsbeschermingswet, het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers, het transparantiebeginsel, het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

Zij voeren aan dat zij, overeenkomstig artikel 8 van de rechtsbeschermingswet, slechts een uittreksel uit het gunningsverslag hebben ontvangen. Daarin werden alleen motieven opgenomen met betrekking tot de wering van hun offerte als zijnde onregelmatig. De gekozen inschrijver en de inschrijvers waarvan de offerte niet gekozen is, ontvangen daarentegen volgens dezelfde bepaling de volledige gemotiveerde beslissing.

De verzoekende partijen menen dat de keuze van de Belgische wetgever voor een asymmetrische kennisgeving, waarbij één enkele gunningsbeslissing wordt opgesteld voor de opdracht en waaruit vervolgens uittreksels worden gehaald en meegedeeld aan de deelnemers in functie van hun

eigen situatie, met uitzondering van de inschrijvers waarvan de offerte regelmatig wordt bevonden en die dan al dan niet gekozen worden, problematisch is vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming. Zoals blijkt uit de memorie van toelichting bij het ontwerp dat geleid heeft tot de wet van 23 december 2009 ‘tot invoering van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ (hierna: wet van 23 december 2009), is de wetgever niet ingegaan op de modaliteit vermeld in de artikelen *2bis*, lid 2, vierde alinea, eerste streepje, van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG om een “samenvattende beschrijving” te geven, en dit om de overlegging van tegenstrijdige documenten of verkeerde interpretaties te vermijden. Zodoende kunnen de verzoekende partijen niet controleren, in het licht van het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel, of de verwerende partij het regelmatigheidsonderzoek op gelijke wijze, dit wil zeggen met dezelfde wijze van gestrengheid, heeft gevoerd ten aanzien van alle betrokken ondernemingen.

De uitleg gegeven in de voornoemde memorie van toelichting bij de bepalingen van wat inmiddels de rechtsbeschermingswet is geworden, doet volgens hen afbreuk aan de verplichting vervat in de voormelde artikelen *2bis*, lid 2, vierde alinea, eerste streepje, van de richtlijnen, zodat de internrechtelijk regeling op gespannen voet staat met een correcte omzetting van de vereisten van de richtlijnen inzake het niveau van kennisgeving. “Een samenvattende beschrijving van de relevante redenen voor de afwijzing van een geweerde gegadigde of geweerde inschrijver impliceert immers dat ook zicht wordt gegeven op de redenen waarom concurrenten wel een voordelige beoordeling hebben gekregen in weerwil van de beoordeling van de geweerde gegadigde of geweerde inschrijver.”

Die opvatting sluit volgens de verzoekende partijen bovendien beter aan bij het vereiste van de motiveringswet volgens hetwelk de afdoende motieven aan de betrokkene kenbaar gemaakt moeten worden. De rechtsbeschermingswet sluit de toepassing van de motiveringswet niet uit. Deze laatste wet moet integendeel cumulatief en corrigerend worden toegepast ten aanzien van de problematische werkwijze waarbij kennis wordt gegeven van geabstraheerde uittreksels uit het gunningsverslag.

Voorts betogen de verzoekende partijen dat de rechtsbeschermingswet richtlijnconform dient te worden geïnterpreteerd. “Uit een richtlijnconforme interpretatie van artikel 8 van de rechtsbeschermingswet 2013 volgt dat er in casu sprake is van een gebrekkige informatieverstrekking door de aanbestedende overheid (ingevolge loutere mededeling aan verzoekende partijen van een uittreksel [uit] het gunningsverslag), die meteen ook gepaard gaat met een gebrekkige motivering (net omwille van het gebrek aan voldoende motieven), hetgeen de intrinsieke wettigheid van het bestreden besluit aantast.”

De verzoekende partijen merken op dat zij niet enkel geen volledig inzicht krijgen in de motieven voor de wering van hun eigen offerte, maar ook niet in de motieven voor de beoordeling van de offerte(s) van hun concurrent(en), “die klaarblijkelijk een gunstige draagwijdte heeft gekend zonder dat verzoekende partijen kunnen nagaan waarom”.

Ten slotte betogen zij nog dat, voor zover er geen richtlijnconforme interpretatie mogelijk zou zijn, dient vastgesteld te worden dat er geen adequate omzetting voorligt van de voornoemde Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen, waardoor zij zich in ieder geval kunnen beroepen op de rechtstreekse werking van deze richtlijnen. Minstens vragen zij dat aan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag gesteld zou worden in verband met de verenigbaarheid met de artikelen *2bis*, lid 2, vierde alinea, van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van een praktijk van asymmetrische kennisgeving, waarbij aan een als onregelmatig geweerde inschrijver slechts een uittreksel uit het gunningsverslag of de gunningsbeslissing wordt meegedeeld, en niet een integrale kopie daarvan.

20. In hun memorie van wederantwoord preciseren de verzoekende partijen dat zij geenszins van oordeel zijn dat de kennisgeving door de verwerende partij van een uittreksel uit het gunningsverslag in overeenstemming was met de rechtsbeschermingswet. Dat uittreksel bevatte immers slechts “welbepaalde motieven” met betrekking tot de wering van hun offerte als onregelmatig. De aldus gehanteerde motivering is niet afdoende.

De verzoekende partijen herhalen vervolgens dat een samenvattende beschrijving van de relevante redenen in de zin van artikel *2bis*, lid 2, vierde alinea, van richtlijn 89/665/EEG, gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG, impliceert “dat ook zicht wordt gegeven op de redenen waarom concurrenten wel een voordelige beoordeling hebben gekregen in weerwil van de beoordeling van de geweerde gegadigde of geweerde inschrijver”. De verzoekende partijen hebben te dezen “geen enkele informatie gekregen over alle relevante redenen m.b.t. de wering van hun offerte, vermits verzoekende partijen op grond van de ontvangen informatie niet [kunnen] nagaan of het regelmatigheidsonderzoek in zijn geheel op rechtmatige wijze is verlopen en daarbij de gelijkheid der inschrijvers werd gerespecteerd”. Zij verwijzen hierbij als voorbeeld naar het advies van ATO inzake de door hen gegeven prijsverantwoording en inzake het regelmatigheidsonderzoek/prijsonderzoek bij de overige inschrijvers, waarin zij geen inzicht krijgen.

Zij herhalen dat, zoals blijkt uit de uitdrukkelijke erkenning in de memorie van toelichting bij het ontwerp dat geleid heeft tot de wet van 23 december 2009, de wetgever geen gevolg heeft gegeven aan artikel *2bis*, lid 2, vierde alinea, van richtlijn 89/665/EEG en geen systeem van een samenvattende beschrijving heeft ingevoerd. Het is niet zo dat het volgens de richtlijn volstaat om een selectie te maken van de redenen die te maken hebben met de onregelmatigverklaring van hun offerte.

Zij betwisten tevens de bewering van de verwerende partij dat de rechtsbeschermingsrichtlijnen geen minimale harmonisatie zouden nastreven. Met name richtlijn 89/665/EEG stelt minimumvoorwaarden vast waaraan de beroepsprocedures in de nationale rechtsordes moeten voldoen. Dit wordt trouwens ook bevestigd in artikel *2bis*, lid 1, waarbij aan de lidstaten wordt opgelegd om de noodzakelijke bepalingen vast te stellen “die voldoen aan de in lid 2 van [...] dit artikel [...] bepaalde minimumvoorwaarden”.

De verzoekende partijen voeren voorts aan dat de bepalingen van de artikelen *2bis* van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG rechtstreekse werking hebben in de interne rechtsorde. Om te beginnen is richtlijn 2007/66/EG, ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.259.685 XII-9189-28/104

waarmee artikel 2*bis* is ingevoegd in de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG, niet tijdig in de nationale regelgeving omgezet. Dit gebeurde met de wet van 23 december 2009, die pas op 25 februari 2010 in werking is getreden, terwijl dat moest gebeurd zijn op 20 december 2009. Bovendien heeft een richtlijn na afloop van de omzettingstermijn rechtstreekse werking indien zij niet, of niet correct, in het nationaal recht is omgezet. Te dezen ligt een geval voor van niet-correcte omzetting, zoals de Belgische wetgever zelf heeft erkend. In ieder geval heeft de al dan niet rechtstreekse werking geen enkele relevantie voor het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie.

Voorts gaan de verzoekende partijen in op het argument van de verwerende partij volgens hetwelk het niveau van rechtsbescherming geboden door artikel 2*bis*, lid 2, vierde alinea, van richtlijn 89/665/EEG zou worden bereikt door de mededeling waarin de Belgische wetgeving voorziet. Zoals de verwerende partij erkent, garandeert de richtlijn de kennisgeving van de “redenen voor afwijzing”. Dat is echter veel ruimer dan alleen de motieven die betrekking hebben op de (on)regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partijen. Zoals blijkt uit het arrest van het Hof van Justitie van 24 februari 2022, *Alstom Transport*, C-532/20, EU:C:2022:128, punt 34, beoogt de samenvattende beschrijving van de relevante redenen “te waarborgen dat de betrokken inschrijvers kennis hebben of kunnen hebben van een eventuele schending van de op aanbestedingsprocedures toepasselijke regels”. Het meedelen van slechts een selectie van de motieven aan een inschrijver, waardoor deze laatste niet of slechts partieel kan nagaan of de aanbestedende overheid schendingen heeft begaan van de op aanbestedingsprocedures toepasselijke regels, kan niet gelijkgesteld worden met een mededeling van de “relevante redenen”. Overigens blijkt ook uit artikel 55, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (hierna: richtlijn 2014/24/EU), waarnaar in artikel 2*bis* van richtlijn 89/665/EEG wordt verwezen, dat de te verstrekken informatie niet beperkend opgevat mag worden.

Wat de aangevoerde schending van de formele motiveringsplicht betreft, benadrukken de verzoekende partijen dat zij helemaal

niet begrijpen waarom hun offerte onregelmatig werd bevonden in het licht van de opdrachtdocumenten en/of in vergelijking met de situatie/offertes van de overige inschrijvers. “Verzoekende partijen hadden – en hebben – het recht om te weten hoe hun offerte en prijzen zich verhouden tot deze van de overige inschrijvers. Verzoekende partijen hadden immers een unieke positie, waarbij zij een zeer concurrentiële prijs konden aanbieden omwille van de mogelijkheden waarover zij beschikten bij de verwerking van het zand. Doordat cruciale informatie aan verzoekende partijen wordt onthouden, weten zij niet hoe de andere inschrijvers dan van plan waren om het zand te verwerken. Het spreekt voor zich dat zij geen even efficiënte toepassing kenden voor het zand als verzoekende partijen, reden waarom de prijs van verzoekende partijen de beste was, maar verzoekende partijen kunnen dat niet controleren bij gebreke van toegang tot de informatie waarop zij minimaal recht [hebben] overeenkomstig de overheidsopdrachtenrichtlijnen en het aldaar minimale niveau inzake rechtsbescherming.”

Wat de door hen gesuggereerde prejudiciële vraag betreft, stellen zij dat geen beroep kan gedaan worden op de “acte clair”-uitzondering, aangezien deze slechts van toepassing kan zijn wanneer er geen redelijke twijfel bestaat over de exacte draagwijdte van de betrokken bepaling. Dit is te dezen niet het geval met betrekking tot het begrip “samenvattende beschrijving van de relevante redenen”.

21. In hun laatste memorie blijven de verzoekende partijen erbij dat een “uittreksel”, als bedoeld in artikel 8, § 1, eerste lid, 2°, van de rechtsbeschermingswet, niet gelijkgesteld kan worden met een “samenvattende beschrijving van de relevante redenen” voor de afwijzing van een inschrijving, als vereist bij de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG. Een “uittreksel” is immers een gedeeltelijk afschrift, terwijl bij een samenvatting álles – zij het in kort bestek – wordt beschreven.

Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 23 december 2009 blijkt dat de Belgische wetgever uitdrukkelijk niet is ingegaan op de “mogelijkheid” vermeld in artikel 2*bis*, lid 2, vierde alinea, eerste streepje, van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG om een “samenvattende beschrijving” te

geven. De richtlijnbevestigingen zijn echter niet geformuleerd als een loutere mogelijkheid.

Een inschrijver moet kunnen nagaan of hij op dezelfde wijze en met dezelfde gestrengheid werd beoordeeld als zijn concurrenten, specifiek wat de beoordeling van de regelmatigheid van de offertes betreft. Alleen op die manier is hij in staat een doeltreffend beroep in te stellen. Een geweerde onregelmatige inschrijver moet naar Europees recht, waarvan het nationale recht de omzetting dient te zijn, een samenvattende beschrijving ontvangen van de beoordeling van de regelmatigheid van de offertes, “zodat hij daaruit kan afleiden wat de redenen waren voor de afwijzing van zijn offerte in relatie tot de (on)regelmatigheid van de offertes van zijn concurrenten”.

De verzoekende partijen herhalen voorts dat de Belgische wetgever niet beschikte over de vrijheid om al dan niet te voorzien in een “samenvattende beschrijving van de relevante redenen”, maar dat dit voor hem een verplichting was. Daarenboven moet de kennisgeving van die samenvatting niet alleen waarborgen dat een inschrijver in staat is om een doeltreffend beroep in te stellen, maar tevens dat hij moet kunnen nagaan of er sprake is van een eventuele schending van de op aanbestedingsprocedures toepasselijke regels. Een dergelijk nazicht is voor een inschrijver onmogelijk op grond van een louter uittreksel uit het gunningsverslag. Daartoe is integendeel effectief een samenvattende beschrijving van alle relevante redenen met betrekking tot de afwijzing van de offerte vereist, dit uiteraard in relatie tot de beoordeling van de regelmatigheid van de offertes van de concurrenten. Dit laatste is te dezen bijzonder relevant nu de verzoekende partijen onder meer aanvoeren (in het zesde middel) dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden doordat de gekozen inschrijver een prijszetting mocht indienen op grond van “eigen doch niet-relevante of niet-pertinente boringen”, terwijl aan de verzoekende partijen wordt verweten geen eigen boringen te hebben gebruikt bij hun prijszetting.

De verzoekende partijen voeren aan dat zij *ab initio* recht hebben op de mededeling van de relevante redenen. Het ontbreken daarvan kan niet goedge maakt worden door het feit dat de rechter die redenen kan beoordelen. De

inschrijver kan immers niet zelf de vertrouwelijk gegeven inlichtingen beoordelen op hun overeenstemming met de op de aanbestedingsprocedure toepasselijke regels.

De verzoekende partijen verwijzen ten slotte naar een arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 1 december 2021, *Sopra Steria Benelux en Unisys Belgium t. Commissie*, T-546/20, EU:T:2021:846. Daarin wordt volgens hen bevestigd dat de motiveringsplicht van een aanbestedende overheid inhoudt dat een inschrijver niet alleen in kennis moet worden gesteld van de redenen voor de afwijzing van zijn eigen offerte, maar ook – zo de inschrijver daarom verzoekt – van de redenen waarom de gekozen offerte niet abnormaal laag is, omdat dergelijke motivering de afgewezen inschrijver informeert over een belangrijk aspect van de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte.

Beoordeling

Mededeling van een uittreksel uit de gunningsbeslissing

22. Artikel 5 van de rechtsbeschermingswet luidt:

“De in artikel 4 bedoelde gemotiveerde beslissing bevat, naargelang de plaatsingsprocedure en het soort beslissing :

1° de naam en het adres van de aanbestedende instantie, de datum van de beslissing, het voorwerp van de opdracht en het goed te keuren opdrachtbedrag;

2° [...]

3° de namen van de kandidaten of de inschrijvers;

4° [...]

5° [...]

6° de namen van de al dan niet geselecteerde kandidaten of inschrijvers en de juridische en feitelijke motieven die hun selectie of niet-selectie rechtvaardigen;

7° [...]

8° de namen van de inschrijvers van wie de offerte onregelmatig is bevonden en de juridische en feitelijke motieven voor hun wering. Deze motieven hebben met name betrekking op het abnormale karakter van de prijzen en, in voorkomend geval, op het bevinden van de niet gelijkwaardigheid van de voorgestelde oplossingen aan de technische specificaties of het niet voldoen aan de vastgestelde prestatie-eisen of functionele eisen;

9° de namen van de gekozen inschrijver of de gekozen deelnemer of deelnemers bij de raamovereenkomst en van de deelnemers en inschrijvers

van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, voor de beslissingen die daarop betrekking hebben; 10° [...].”

Artikel 8, § 1, eerste lid, van de rechtsbeschermingswet luidt:

“Onmiddellijk na het nemen van de gemotiveerde gunningsbeslissing deelt de aanbestedende instantie het volgende mee :

1° aan elke niet-geselecteerde inschrijver, de motieven voor zijn niet-selectie, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing; 2° aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig of niet-conform is bevonden, de motieven voor de wering, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing; 3° aan elke inschrijver van wie de offerte niet is gekozen en aan de gekozen inschrijver, de gemotiveerde beslissing.”

Artikel 8 van de rechtsbeschermingswet neemt de bepalingen over van artikel 65/8 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, in die wet ingevoegd bij de wet van 23 december 2009.

In de memorie van toelichting bij het ontwerp dat tot de voornoemde wet van 23 december 2009 heeft geleid, wordt met betrekking tot de bepalingen die overeenstemmen met de aangehaalde bepalingen van het huidige artikel 8 van de rechtsbeschermingswet, het volgende gesteld:

“Paragraaf 1 van dit artikel handelt over de gunningsbeslissing, alsook over de erin vermelde motieven die aan de inschrijvers worden meegedeeld.

Er is geopteerd voor een systeem waarbij één enkele gunningsbeslissing wordt opgesteld voor de opdracht, waaruit uittreksels worden gehaald en meegedeeld aan de deelnemers in functie van hun eigen situatie. Bijgevolg is niet ingegaan op de mogelijkheid vermeld in artikel 2*bis*, § 2, vierde lid, eerste streepje, van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG om een ‘samenvattende beschrijving’ te geven, en dit om de overlegging van tegenstrijdige documenten of verkeerde interpretaties te vermijden

In de gevallen vermeld in 1° en 2° kunnen de aan de inschrijvers meegedeelde motieven die vermeld zijn in de gemotiveerde beslissing, dus beperkt blijven tot het toelichten van de individuele situatie van de geadresseerde zonder deze situatie noodzakelijk te moeten vergelijken met die van de andere deelnemers.

De motieven overgemaakt aan een niet-geselecteerde inschrijver [geval bedoeld in 1°] zullen bijvoorbeeld enkel vermelden waarom hij niet werd

geselecteerd (bijvoorbeeld: niet-naleving van de sociale en fiscale verplichtingen, onvoldoende referenties, enz.) en niet waarom de andere deelnemers het stadium van de selectie wel succesvol hebben doorlopen. Evenwel kan het in zekere mate nuttig zijn om zijn situatie te vergelijken met die van de andere deelnemers. Sommige elementen betreffende deze situatie kunnen vanzelfsprekend worden bekomen in het kader van een geschil voor een beroepsinstantie of nog op eigen initiatief worden verstrekt door de aanbestedende instantie om redenen van bijkomende transparantie. Het belang van deze mededeling kan bijvoorbeeld worden geïllustreerd met het arrest RvS, nr. 173 988 van 4 augustus 2007, sa Priminfo t./ Waals Gewest waarin de verzoeker het onregelmatig karakter van zijn offerte betwist of minstens aanvoert dat alle offertes onregelmatig zijn.

In het in 3° vermelde geval [mededeling aan de inschrijvers waarvan de offerte niet gekozen werd en aan de gekozen inschrijver] dient de toestand van alle inschrijvers daarentegen in de gemotiveerde beslissing, die integraal wordt meegedeeld, te worden vermeld en zal ze bijgevolg ook de elementen betreffende de selectie, de regelmatigheid en de keuze van de andere inschrijvers bevatten.

Zoals in de gevallen vermeld in 1° en 2°, kan de inschrijver die een verhaal heeft ingesteld bij een verhaalinstantie, in dat kader steeds kennisnemen van de volledige gunningsbeslissing en die betwisten door zijn situatie bijvoorbeeld te vergelijken met die van de inschrijver wiens offerte de aanbestedende instantie heeft gekozen. Deze toegang tot het volledige dossier en tot de volledige gunningsbeslissing kan evenwel worden beperkt, zoals bepaald in artikel 75 van dit ontwerp [dat artikel handelt over de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens – zie thans artikel 13 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’] (*Parl.St.* Kamer 2009-2010, nr. 52-2276/1, 20-21).

23. Te dezen wordt in de bestreden gunningsbeslissing onder meer overwogen dat de inschrijvingsprijzen van de verzoekende partijen als onregelmatig worden beschouwd en die van de gekozen inschrijver als regelmatig.

De motieven inzake het prijsonderzoek van de offerte van de verzoekende partijen, die geleid hebben tot het onregelmatig verklaren ervan, zijn terug te vinden in het gunningsverslag van 22 december 2021. Die motieven zijn aan de verzoekende partijen meegedeeld op 3 februari 2022, als een “uittreksel” uit het gunningsverslag. Op dat ogenblik kregen de verzoekende partijen geen kennis van andere motieven.

De bedoelde mededeling van 3 februari 2022 is in overeenstemming met artikel 8, § 1, eerste lid, 2°, van de rechtsbeschermingswet.

Volgens die bepaling volstaat een mededeling van “de motieven voor de wering [van de offerte die onregelmatig is verklaard], in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing”.

In de loop van de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid heeft de verwerende partij een administratief dossier neergelegd. Dat dossier bevatte onder meer het volledige gunningsverslag en de gunningsbeslissing.

24. Volgens de verzoekende partijen houdt artikel 8, § 1, eerste lid, 2°, van de rechtsbeschermingswet een incorrecte omzetting in van de artikelen 2*bis*, lid 2, vierde alinea, van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG.

Artikel 2*bis*, lid 2, vierde alinea, van richtlijn 89/665/EEG, ingevoegd bij richtlijn 2007/66/EG van 11 december 2007 en gewijzigd bij richtlijn 2014/23/EU van 26 februari 2014, luidt:

“De kennisgeving van het gunningsbesluit aan iedere betrokken inschrijver en gegadigde gaat vergezeld van:

- een samenvattende beschrijving van de relevante redenen uiteengezet in artikel 55, lid 2, van Richtlijn 2014/24/EU, behoudens de bepalingen van artikel 55, lid 3, van die richtlijn, of in artikel 40, lid 1, tweede alinea, van Richtlijn 2014/23/EU, behoudens artikel 40, lid 2, van die richtlijn, en
- [...].”

Artikel 55, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU luidt:

“Op verzoek van de betrokken gegadigde of inschrijver informeren aanbestedende diensten zo spoedig mogelijk en in elk geval binnen 15 dagen na ontvangst van een schriftelijk verzoek:

- a) iedere afgewezen gegadigde over de redenen voor de afwijzing van zijn verzoek tot deelname;
- b) iedere afgewezen inschrijver over de redenen voor de afwijzing van zijn inschrijving, inclusief voor de in artikel 42, leden 5 en 6, bedoelde gevallen, de redenen voor het besluit inzake niet-gelijkwaardigheid of het besluit dat de werken, leveringen of diensten niet aan de prestatie- of functionele eisen voldoen;
- c) iedere inschrijver die een ontvankelijke inschrijving heeft ingediend, over de kenmerken en relatieve voordelen van de geselecteerde

inschrijving, alsmede over de naam van de begunstigde inschrijver of de partijen bij de raamovereenkomst;

- d) iedere inschrijver die een ontvankelijke inschrijving heeft ingediend, over het verloop en de voortgang van de onderhandelingen en de dialoog met de inschrijvers.”

Een gelijkaardige bepaling als die van artikel *2bis*, lid 2, vierde alinea, van richtlijn 89/665/EEG is terug te vinden in artikel *2bis*, lid 2, vierde alinea, van richtlijn 92/13/EEG, eveneens ingevoegd bij de voornoemde richtlijn 2007/66/EG en gewijzigd bij de voornoemde richtlijn 2014/23/EU. Daarin is sprake van “een samenvattende beschrijving van de relevante redenen als bedoeld in artikel 75, lid 2, van Richtlijn 2014/25/EU [...]”. Die laatste bepaling is in bijna identieke bewoordingen gesteld als het voornoemde artikel 55, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU. De richtlijnen 92/13/EEG en 2014/25/EU hebben betrekking op de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie. Omdat de voorliggende opdracht geen betrekking heeft op dergelijke diensten, worden de richtlijnen 92/13/EEG en 2014/25/EU verder buiten beschouwing gelaten.

25. De verzoekende partijen beroepen zich op de rechtstreekse werking van artikel *2bis*, lid 2, vierde alinea, van richtlijn 89/665/EEG. Zij voeren aan dat zij op grond van die bepaling recht hadden op een samenvattende beschrijving van alle relevante redenen, en niet enkel op een uittreksel dat de redenen bevat in verband met de wering van hun offerte. Zij voeren aan dat zij met name recht hadden op mededeling van de redenen op grond waarvan de offerte van de gekozen inschrijver als regelmatig beschouwd werd.

Overeenkomstig het voornoemde artikel *2bis* dient een inschrijver bij de kennisgeving van de gunningsbeslissing een samenvattende beschrijving te krijgen van de relevante redenen uiteengezet in artikel 55, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU. De offerte van de verzoekende partijen werd als onregelmatig beschouwd op grond van abnormale prijzen in hun offerte, zodat op hen meer bepaald artikel 55, lid 2, b), van richtlijn 2014/24/EU van toepassing is.

Uit de samenlezing van artikel 2*bis*, lid 2, vierde alinea, van richtlijn 89/665/EEG en artikel 55, lid 2, b), van richtlijn 2014/24/EU volgt dat aan een inschrijver wiens offerte onregelmatig is verklaard, kennis gegeven moet worden van een samenvattende beschrijving van de redenen voor de afwijzing van zijn offerte. Op zijn verzoek moeten aan die inschrijver voorts de integrale redenen voor de afwijzing van zijn offerte worden bezorgd. Anders dan de verzoekende partijen aanvoeren, volgt uit de voornoemde bepalingen niet dat ook de redenen voor het regelmatig verklaren van de offerte van de gekozen inschrijver meegedeeld moeten worden.

Artikel 8, § 1, eerste lid, 2^o, van de rechtsbeschermingswet is niet in strijd met de regeling vervat in de twee voornoemde richtlijnbe­palingen. Zoals in artikel 55, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU (“redenen voor de afwijzing van zijn inschrijving”), gaat het in artikel 8, § 1, eerste lid, 2^o, van de rechtsbeschermingswet (“motieven voor de wering”) om de redenen voor de afwijzing van de inschrijver wiens offerte onregelmatig is verklaard. In vergelijking met artikel 2*bis*, lid 2, vierde alinea, van richtlijn 89/665/EEG legt artikel 8, § 1, eerste lid, 2^o, van de rechtsbeschermingswet aan de aanbestedende overheid zelfs een ruimere motiveringsplicht op, doordat niet louter een “samenvattende beschrijving” van de bedoelde redenen moet worden meegedeeld, maar een “uittreksel van de gemotiveerde beslissing”. Terwijl volgens artikel 55, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU de integrale redenen voor de afwijzing van de offerte slechts op verzoek van de betrokken inschrijver aan hem moeten worden meegedeeld, dient de mededeling van die redenen volgens artikel 8, § 1, eerste lid, van de rechtsbeschermingswet bovendien ambtshalve te gebeuren.

26. De door de verzoekende partijen aangehaalde arresten van het Hof van Justitie en het Gerecht leiden niet tot een andere conclusie.

Het arrest van het Hof van Justitie van 24 februari 2022 in de zaak Alstom Transport, C-532/20, EU:C:2022:128, gaat over het aanvangspunt van de termijn waarbinnen een inschrijver beroep kan instellen tegen een gunningsbeslissing. Het Hof van Justitie overweegt dat die termijn ingaat vanaf de datum waarop de betrokken inschrijver mededeling heeft gekregen van de

“relevante redenen”, hetzij bij de kennisgeving van die beslissing, hetzij bij een latere mededeling van de redenen. Het Hof overweegt weliswaar ook dat de samenvattende beschrijving van de relevante redenen beoogt “te waarborgen dat de betrokken inschrijvers kennis hebben of kunnen hebben van een eventuele schending van de op aanbestedingsprocedures toepasselijke regels” (punt 34), maar het geeft geen nadere aanwijzing over de aard van de redenen die in een bepaalde situatie ter kennis gebracht of meegedeeld moeten worden, noch over de aard van de toepasselijke regels waarvan de betrokken inschrijver de eventuele schending moet kunnen vaststellen.

Het door de verzoekende partijen aangehaalde arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 1 december 2021, *Sopra Steria Benelux en Unisys Belgium t. Commissie*, T-546/20, EU:T:2021:846, heeft inmiddels het voorwerp uitgemaakt van een hogere voorziening bij het Hof van Justitie en van een arrest van het Hof van 11 mei 2023, *Commissie t. Sopra Steria Benelux en Unisys Belgium*, C-101/22 P, EU:C:2023:396. In de betrokken zaak was de offerte van de verzoekende partijen niet onregelmatig verklaard, maar wel afgewezen omdat ze niet de economisch meest voordelige offerte was. Een “afgewezen inschrijver die niet in een uitsluitingssituatie verkeert en die voldoet aan de selectiecriteria” (arrest van het Hof van Justitie, punt 80) heeft het recht om te weten waarom de offerte van de gekozen inschrijver niet abnormaal laag werd geacht. Daarover gaat het evenwel niet in de voorliggende zaak, die betrekking heeft op de informatie aan een inschrijver wiens offerte onregelmatig is verklaard.

27. Nu de juiste uitlegging van het Unierecht zo voor de hand ligt dat daarover geen redelijke twijfel kan bestaan, dient het Hof van Justitie daarover niet ondervraagd te worden.

Formele motivering van de beslissing over de wering van de offerte van de verzoekende partijen

28. Zoals hiervoor is aangehaald, bepaalt artikel 8, § 1, eerste lid, 2^o, van de rechtsbeschermingswet dat de aanbestedende instantie aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig of niet-conform is bevonden, de motieven

meedeelt voor de wering, in de vorm van een uittreksel uit de gemotiveerde beslissing.

Wat de motivering van de gunningsbeslissing betreft, bepaalt artikel 5 van de rechtsbeschermingswet dat die beslissing een reeks vermeldingen moet bevatten, waaronder de juridische en feitelijke motieven voor de wering van de inschrijvers van wie de offerte onregelmatig is bevonden (8°) en de juridische en feitelijke motieven voor de beslissingen die betrekking hebben op onder meer de gekozen inschrijver en de inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen (9°).

De artikelen 2 en 3 van de motiveringswet verplichten de administratieve overheid bovendien om in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat op “afdoende” wijze. De belangrijkste bestaansredenen van de formele motiveringsplicht bestaat erin dat de betrokkene in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, opdat hij met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een beroep bij de rechter te bestrijden.

29. De mededelingsplicht bedoeld in artikel 8, § 1, eerste lid, van de rechtsbeschermingswet is te onderscheiden van de verplichting tot formele motivering van de gunningsbeslissing, bedoeld in artikel 5 van de rechtsbeschermingswet. Zoals is uiteengezet in de memorie van toelichting bij het ontwerp dat geleid heeft tot de bepaling die thans vervat is in artikel 8 van de rechtsbeschermingswet, is het de bedoeling dat de gunningsbeslissing integraal gemotiveerd is, dat daarvan een uittreksel wordt meegedeeld aan de inschrijver wiens offerte onregelmatig is verklaard, en dat die inschrijver in geval van een beroep bij een verhaalinstantie via het administratief dossier kennis kan nemen van de volledige gunningsbeslissing, dit laatste evenwel onder voorbehoud van de verplichting voor de aanbestedende overheid om de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens te bewaren (zie overweging 22, hiervoor).

30. Te dezen zijn de motieven voor de wering van de offerte van de verzoekende partijen hun ter kennis gebracht met een brief van 3 februari 2022. Die motieven zijn overgenomen uit het gunningsverslag van 22 december 2021.

Uit die motieven blijkt dat de offerte van de verzoekende partijen onregelmatig is verklaard op grond dat het vermoeden van abnormale prijs door hen niet is weerlegd. Meer bepaald blijkt de verwerende partij van oordeel te zijn dat de verzoekende partijen niet verantwoord zijn hoe zij ertoe gekomen zijn om voor het in Rotterdam af te zetten zand prijzen te bepalen van 4 en 5 euro per m³.

Deze motivering is afdoende, in de zin dat zij de beslissing tot onregelmatigverklaring kan dragen.

31. De verzoekende partijen tonen niet aan waarom die motieven hen niet in staat stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich in rechte te verweren tegen de beslissing om hun offerte onregelmatig te verklaren. Het tegendeel blijkt uit hun verzoekschrift tot nietigverklaring, waarin deze motivering inhoudelijk wordt betwist.

Weliswaar voeren de verzoekende partijen in hun memorie van wederantwoord en hun laatste memorie aan dat zij niet begrijpen waarom hun offerte onregelmatig werd bevonden, nu zij niet weten hoe hun prijzen zich verhouden tot die van de andere inschrijvers. Zij voeren aan dat zij een unieke positie innemen, waardoor zij voor de afzet van het zand in Rotterdam een zeer concurrentiële prijs konden aanbieden, terwijl de andere inschrijvers geen even efficiënte toepassing voor het zand kenden. Doordat de verzoekende partijen geen inzicht hebben gekregen in de wijze waarop de andere inschrijvers van plan waren het zand te verwerken, kunnen zij niet controleren waarom hun prijs, ondanks hun unieke positie, als abnormaal is beschouwd, en evenmin of zij met dezelfde gestrengheid zijn beoordeeld als hun concurrenten.

Die argumentatie overtuigt niet. De verzoekende partijen tonen immers niet aan hoe informatie over de prijsopbouw van de andere inschrijvers nodig geweest zou zijn om hen toe te laten een verzoekschrift op te stellen,

streckende tot de vernietiging van de beslissing die steunt op de overweging dat hun eigen prijzen abnormaal zijn. In zoverre informatie over de wijze waarop de andere inschrijvers de afgevoerde grond zouden afzetten, van nut zou kunnen zijn voor de ontwikkeling van bepaalde grieven, zou het gaan om informatie die terug te vinden is in de bestreden gunningsbeslissing of in andere stukken van het administratief dossier. Te dezen is informatie over de prijszetting door de andere inschrijvers hun onthouden omwille van de vertrouwelijkheid ervan. Dit neemt echter niet weg dat de mededeling van de enkele motieven voor het onregelmatig verklaren van de offerte van de verzoekende partijen volstaat vanuit het oogpunt van de formele motiveringsplicht.

Conclusie

32. Het middel kan niet aangenomen worden.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

33. In een tweede middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU, de artikelen 81, 83 en 84 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, “geïnterpreteerd conform artikel 69 van [...] Richtlijn 2014/24/EU”, het mededingingsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel, het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

Het middel is gericht tegen de manier waarop de verwerende partij tijdens het algemeen prijsonderzoek de abnormaal lijkende prijzen heeft gedetecteerd. Het middel bestaat uit drie onderdelen.

Eerste onderdeel

34. In het eerste onderdeel voeren de verzoekende partijen aan dat de aanbestedende overheid weliswaar zelf criteria mag vaststellen om de abnormaal lijkende prijzen te detecteren, maar dat die criteria zorgvuldig moeten worden opgesteld, de gelijke behandeling van de inschrijvers moeten waarborgen en de nodige transparantie moeten bieden. Te dezen hebben de verzoekende partijen pas in de kennisgeving van 3 februari 2022 kunnen lezen dat de verwerende partij de selectie van de abnormaal lijkende prijzen heeft “gekoppeld aan het al dan niet ‘fel’ overschrijden of afwijken van een kwantitatief percentage van 1 % van de totale contractwaarde”. Toen de verzoekende partijen in de schorsingsprocedure aanvoerden dat de criteria van de 1%-drempel en van de “felle afwijking” willekeurig waren, kwam de verwerende partij in haar nota in die procedure met een zeer complexe uitleg ter verantwoording van haar systeem voor de selectie van de abnormaal lijkende prijzen.

Het is volgens de verzoekende partijen onmogelijk om uit het op 3 februari 2022 ter kennis gebrachte uittreksel uit het gunningsverslag af te leiden dat de complexe detectiemethode als beschreven in de voornoemde nota ook daadwerkelijk is toegepast. Het is integendeel enkel uit het administratief dossier dat kan worden afgeleid hoe de detectie van de abnormaal lijkende prijzen is gebeurd. Het is al evenzeer onmogelijk om uit de uitleg van de verwerende partij af te leiden of de complexe methode reeds vastlag vóór de ontvangst van de offertes, dan wel of ze pas werd “uitgedokterd” ná de opening van de offertes. Het is ten slotte onmogelijk voor de verzoekende partijen om zelf kennis te nemen van de wijze waarop de abnormaal lijkende prijzen werden gedetecteerd, vermits de verwerende partij die methode in haar uitleg afschermt door te verwijzen naar “documenten m.b.t. het prijsonderzoek”, die het vertrouwelijk stuk 7 van het administratief dossier vormen.

Volgens de verzoekende partijen geeft de door de verwerende partij gevolgde werkwijze blijk van een gebrek aan transparantie. Zij voeren aan dat de methode voor de selectie van de abnormaal lijkende prijzen transparant ter kennis moet worden gebracht van de inschrijvers, zodat dezen daarmee rekening kunnen houden bij de voorbereiding van hun offerte. Zij verwijzen in dit verband naar het arrest van het Hof van Justitie van 24 januari 2008, Lianakis e.a., ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.259.685

C-532/06, EU:C:2008:40, punten 36-40, waarin het Hof heeft gesteld dat de wegingscoëfficiënten van de onderscheiden gunningscriteria en eventuele subgunningscriteria bij de potentiële inschrijvers bekend moeten zijn. Zij verwijzen ook naar het arrest van het Hof van Justitie van 12 december 2002, *Universale-Bau e.a.*, C-470/99, EU:C:2002:746, punt 99, waarin het Hof hetzelfde heeft gesteld in verband met eventuele afwegingsregels voor de selectiecriteria. Minstens moeten de principes van de detectieregeling ten laatste op het ogenblik van de opening van de offertes vaststaan, zodat achteraf niet op een willekeurige wijze alsnog een detectieregeling kan worden vastgesteld. In dit verband verwijzen de verzoekende partijen naar het arrest van het Hof van Justitie van 14 juli 2016, *TNS Dimarso*, C-6/15, EU:C:2016:555, punt 25, waarin het Hof heeft geoordeeld, in verband met de beoordeling van de offertes in het licht van de gunningscriteria, dat de aanbestedende overheid geen afwegingsregels kan toepassen die niet vooraf ter kennis van de inschrijvers zijn gebracht. Volgens de verzoekende partijen geldt de transparantieplicht evenzeer ten aanzien van het prijsonderzoek, en meer bepaald in verband met de criteria die de aanbestedende overheid zal hanteren om de abnormaal lijkende prijzen te detecteren. Die criteria moeten vooraf ter kennis van de inschrijvers worden gebracht opdat dezen “reeds bij de voorbereiding van hun offerte op objectieve en gelijke wijze kunnen inschatten hoe de aanbestedende overheid abnormale prijzen zal detecteren, welke posten zullen beschouwd worden als cruciale posten op het vlak van de prijs, welke criteria daarbij zullen worden gehanteerd, in welke mate de eenheidsprijzen dan wel de totaalprijzen van de inschrijvers onderling zullen vergeleken worden etc”.

Zo de Raad van State niet meteen overtuigd is van deze argumentatie, dient volgens de verzoekende partijen over artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU aan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag tot uitlegging te worden gesteld. Zij suggereren meer bepaald om aan het Hof te vragen of artikel 69 zo geïnterpreteerd moet worden dat daaruit voor de aanbestedende overheid de verplichting voortvloeit om de “afwegingsregels voor de detectie van schijnbaar abnormale prijzen alsook de beoordelingsmethode voor de waardering van het al dan niet abnormale karakter van de aldus gedetecteerde prijzen of posten” bekend te maken voordat de deelnemende inschrijvers hun offerte indienen.

35. In hun memorie van wederantwoord wijzen de verzoekende partijen onder meer erop dat het feit dat noch de nationale overheidsopdrachtenregelgeving noch richtlijn 2014/24/EU voorziet in een verplichting tot voorafgaande bekendmaking van de parameters en maatstaven die gehanteerd worden bij de detectie van abnormaal lijkende prijzen, zoals dat wel het geval is met selectie- en gunningscriteria, niets afdoet aan de “aanvullende werking” van het transparantiebeginsel en het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers, die wél uitdrukkelijk zijn voorgeschreven.

De verzoekende partijen gaan ook in op het argument van de verwerende partij volgens welk de detectiemethode voor de abnormaal lijkende prijzen moeilijk op voorhand kan worden vastgesteld. De aanbestedende overheid zou, volgens de verwerende partij, bij de toepassing van mathematische gegevens om uit te maken welke posten bijzondere aandacht verdienen, op voorhand moeilijk kunnen inschatten “welke posten dit uiteindelijk zullen zijn en of deze posten een voldoende belangrijk aandeel van het gemiddelde offertebedrag vertegenwoordigen, daar alles afhangt van de uiteindelijke prijszetting van de inschrijvers”. Hierop repliceren de verzoekende partijen, met verwijzing naar het aangehaalde arrest van het Hof van Justitie in de zaak TNS Dimarso, dat er weliswaar situaties kunnen zijn waarin een beoordelingsmethode niet op voorhand kan worden vastgesteld, maar dat dan voor die onmogelijkheid “aantoonbare redenen” voorhanden moeten zijn. Te dezen zijn geen dergelijke aantoonbare redenen aanwezig, minstens toont de verwerende partij niet aan dat dat het geval zou zijn.

36. In hun laatste memorie nemen de verzoekende partijen kennis van het feit dat in het auditoraatsverslag wordt verwezen naar de arresten van het Hof van Justitie van 18 december 2014, *Data Medical Service*, C-568/13, EU:C:2014:2466, en 15 september 2022, *Veridos*, C-669/20, EU:C:2022:684, ter ondersteuning van het voorstel tot verwerping van de grief ontwikkeld in het eerste onderdeel. Volgens de verzoekende partijen zijn die arresten evenwel niet relevant, omdat daarin geen uitspraak wordt gedaan over de detectiemethode in het licht van het transparantiebeginsel, en evenmin over het tijdstip waarop de drempel die resulteert in een abnormaal lage aanbidding bepaald moet worden. De verzoekende

partijen zijn van oordeel dat de kwestie van de bekendmaking van de detectieregels nog niet is voorgelegd aan het Hof van Justitie. Er is ook nog geen rechtspraak van het Hof over de draagwijdte van artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU, “en al zeker niet specifiek in het licht van het transparantiebeginsel”.

De verzoekende partijen blijven erbij dat, “aangezien de door de aanbestedende overheid gehanteerde detectiemethode niet op voorhand ter kennis werd gebracht van de inschrijvers en er ook geen bewijs voorligt dat die detectiemethode überhaupt al bestond op het ogenblik van de opening van de offertes [...], het volledige prijsonderzoek in zijn kern is aangetast door onwettigheid, met name wegens schending van het transparantiebeginsel en bijgevolg ook van de gelijkheid der inschrijvers”. Zij wijzen in dit verband nogmaals op het arrest van het Gerecht van de Europese Unie in de zaak *Sopra Steria Benelux en Unisys Belgium*, waarin is geoordeeld dat de motivering van een gunningsbeslissing – waaronder volgens de verzoekende partijen ook de detectiemethode inzake abnormale prijzen dient te worden begrepen – niet voor het eerst en *a posteriori* voor de rechter mag worden uiteengezet (punt 36).

Tweede onderdeel

37. In een tweede onderdeel voeren de verzoekende partijen aan dat zij, op het ogenblik van het indienen van hun verzoekschrift, geen inzage hebben in de wijze waarop de *post factum* uiteengezette detectiemethodologie en de daarbij horende afwegingsregels inzake abnormaal lijkende prijzen zijn toegepast. Zij kunnen dus niet nagaan of de gehanteerde methode “een nuttig instrument is gebleken om abnormale prijzen te detecteren bij alle inschrijvers (en [of zij] bijgevolg kan bijdragen tot een objectieve vaststelling van de economisch meest voordelige inschrijver)”.

Zij formuleren “het grootst mogelijke voorbehoud om hun wettigheidsrief inzake de pertinentie van de detectiemethodologie ter zake uit te breiden na kennisname van de betrokken stukken van het administratief dossier”.

38. In hun memorie van wederantwoord blijven de verzoekende partijen erbij dat inzicht in de concrete toepassing van de detectiemethode noodzakelijk is om de pertinentie ervan te kunnen nagaan. Zij betwisten de bewering van de verwerende partij dat zij hun kritiek op de detectiemethode al eerder hadden kunnen uiten. Die bewering druist overigens in tegen de stelling van de verwerende partij dat de concrete toepassing van die methode afhangt van de door de inschrijvers opgegeven prijzen.

De verzoekende partijen formuleren dan ook opnieuw het voorbehoud om hun wettigheidsgrief inzake de pertinentie van de detectiemethodologie ter zake uit te breiden na kennisname van de betrokken stukken van het administratief dossier. Het tweede onderdeel kan slechts beoordeeld worden na de opheffing van de vertrouwelijkheid van de betrokken stukken van het administratief dossier.

39. In hun laatste memorie benadrukken de verzoekende partijen dat de beoordeling van de wettigheidskritiek bedoeld in het tweede onderdeel niet afhangt van de uitkomst van het eerste onderdeel.

Zij herhalen ook dat de principes van het eerlijk proces vereisen dat eerst de vertrouwelijkheid wordt opgeheven van de detectieregels bedoeld in het tweede onderdeel, om de verzoekende partijen vervolgens toe te laten na te gaan in welke mate deze detectieregels beantwoorden aan de inhoudelijke eis van pertinentie, objectiviteit en niet-discriminatie conform het arrest van het Hof van Justitie in de zaak Veridos, punt 34.

Derde onderdeel

40. In een derde onderdeel voeren de verzoekende partijen aan dat zij, op het ogenblik van het indienen van hun verzoekschrift, geen inzage hebben in de wijze waarop de *post factum* uiteengezette detectiemethodologie en de daarbij horende afwegingsregels inzake abnormaal lijkende prijzen zijn toegepast. Zij kunnen dus niet nagaan of die methode op gelijke wijze en met dezelfde

gestrengheid is toegepast op alle inschrijvers, en in het bijzonder op de gekozen inschrijver.

Zij formuleren “het grootst mogelijke voorbehoud om hun wettigheidsrief inzake de [gelijke toepassing] van de detectiemethodologie ter zake uit te breiden na kennisname van de betrokken stukken van het administratief dossier”.

41. In hun memorie van wederantwoord blijven de verzoekende partijen erbij dat inzicht in de concrete toepassing van de detectiemethode noodzakelijk is om de pertinentie ervan te kunnen nagaan. Zij betwisten de bewering van de verwerende partij dat zij hun kritiek op de detectiemethode al eerder hadden kunnen uiten. Die bewering druist overigens in tegen de stelling van de verwerende partij dat de concrete toepassing van die methode afhangt van de door de inschrijvers opgegeven prijzen.

De verzoekende partijen formuleren dan ook opnieuw het voorbehoud om hun wettigheidsrief inzake de gelijke toepassing van de detectiemethodologie ter zake uit te breiden na kennisname van de betrokken stukken van het administratief dossier. Het derde onderdeel kan slechts beoordeeld worden na de opheffing van de vertrouwelijkheid van de betrokken stukken van het administratief dossier.

42. In hun laatste memorie benadrukken de verzoekende partijen dat de beoordeling van de wettigheidskritiek bedoeld in het derde onderdeel niet afhangt van de uitkomst van het eerste onderdeel.

Zij herhalen ook dat de principes van het eerlijk proces vereisen dat eerst de vertrouwelijkheid wordt opgeheven van de detectieregels en van de offertes van de andere inschrijvers, in het bijzonder die van de gekozen inschrijver, om de verzoekende partijen vervolgens toe te laten na te gaan in welke mate de detectieregels gelijk, dit wil zeggen niet discriminerend, werden toegepast op de andere inschrijvers.

Beoordeling

Eerste onderdeel

43. In het eerste onderdeel voeren de verzoekende partijen in essentie aan dat de gehanteerde methode om de abnormaal lijkende prijzen te detecteren, niet transparant is.

Artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt als volgt:

“De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek. Daartoe kan de aanbestedende overheid, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de wet [overheidsopdrachten 2016], de inschrijvers verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken.”

Artikel 36, §§ 1 en 2, van hetzelfde besluit luidt als volgt:

“§ 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. [...]
[...].”

Artikel 36, § 1, vormt de omzetting in het interne recht van artikel 69, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU. Die bepaling luidt als volgt:

“De aanbestedende dienst verplicht ondernemers ertoe de in de inschrijving voorgestelde prijs of kosten nader toe te lichten wanneer de inschrijving in

verhouding tot de werken, leveringen of diensten abnormaal laag lijkt te zijn.”

44. Noch de wet overheidsopdrachten 2016 noch het koninklijk besluit plaatsing 2017 stellen een bepaald criterium vast dat de aanbestedende overheid zou moeten hanteren om de posten te selecteren waarop het voortgezet prijsonderzoek als bedoeld in artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 moet worden verricht. Een bepaalde berekeningswijze wordt evenmin verplicht gesteld.

Een aanbestedende overheid beschikt bij het al dan niet opstarten van de procedure van vermoedelijk abnormale prijzen bijgevolg over een beoordelingsruimte. Het is haar in beginsel aldus toegelaten criteria te hanteren waarbij zij screent op abnormaliteiten, teneinde op een praktische en efficiënte wijze haar werkzaamheden bij dit onderzoek te verrichten. Vereist is wel dat deze criteria zorgvuldig worden opgesteld en de perken van de redelijkheid niet te buiten gaan.

Noch de wet overheidsopdrachten 2016 noch het koninklijk besluit plaatsing 2017 leggen voorts aan de aanbestedende overheid een verplichting op om de parameters die zij zal hanteren om de abnormaal lijkende prijzen te detecteren, vooraf in het bestek of de aankondiging van de opdracht aan de potentiële inschrijvers mee te delen.

45. Te dezen heeft de verwerende partij in haar nota in de schorsingsprocedure en in haar memorie van antwoord in de voorliggende procedure toegelicht hoe zij de abnormaal lijkende prijzen heeft gedetecteerd. De aldus beschreven detectiemethode bestond uit twee stappen.

De eerste stap bestond erin dat werd nagegaan welke posten “speciale aandacht” verdienden in het kader van het algemeen prijsonderzoek. Daarvoor werden twee criteria gehanteerd. In eerste instantie paste de verwerende partij een 1%-drempel toe, die zij beschrijft als volgt:

“Om de 1 %-drempel te bepalen, werd [...] het gewicht van het getrimd gemiddelde van de eenheidsprijzen voor de betrokken post (welk gemiddelde berekend werd door de hoogste en de laagste eenheidsprijs niet mee te tellen) geplaatst t.o.v. het getrimd gemiddelde van de totale offerteprijzen (dat berekend werd door de hoogste en de laagste totale offerteprijs niet mee te rekenen). Vervolgens werd op basis hiervan nagekeken welke posten een belang/gewicht hadden van meer dan 1 %. Bij deze posten werd vervolgens nagegaan of de eenheidsprijs van de onderzochte inschrijver al dan niet fel afweek van het getrimd gemiddelde van de eenheidsprijzen voor de betrokken posten.”

In tweede instantie ging de verwerende partij ook na welke posten cruciaal of essentieel waren voor de uitvoering van de opdracht. Van die posten kon eveneens worden aangenomen dat zij geen verwaarloosbaar karakter hadden.

De tweede stap bestond erin dat de verwerende partij vervolgens naging welke van de aldus geselecteerde posten een abnormale prijs leken te vertonen. Daarbij voerde de verwerende partij drie verschillende vergelijkingen uit: zij vergeleek eerst, bij de aldus geselecteerde posten, de eenheidsprijzen van de inschrijvers met elkaar en met de gemiddelde eenheidsprijzen; vervolgens ging zij na wat het gewicht van de eenheidsprijs was binnen de betrokken offerte en vergeleek zij dit gewicht met het gewicht van de getrimd gemiddelde eenheidsprijs binnen de getrimd gemiddelde totaalprijs; ten slotte ging de verwerende partij na of de prijzen die uit de toepassing van de eerste twee vergelijkingen naar voor kwamen, effectief een abnormaal karakter leken te vertonen indien ze binnen hun specifieke postengroep werden bekeken.

46. In het gunningsverslag beschrijft de verwerende partij uitvoerig hoe zij die methode heeft toegepast op de prijzen die door de verzoekende partijen zijn aangeboden, en hoe die methode ertoe geleid heeft dat zij voor de posten 1, 2, 3, 4 en 8 van het voorwaardelijk gedeelte 1 en voor de posten 9, 10 en 33 van het voorwaardelijk gedeelte 2 een prijsverantwoording heeft gevraagd (zie overweging 3.7, hiervoor). Die motivering is ter kennis van de verzoekende partijen gebracht met de brief van 3 februari 2022 (zie overweging 3.9, hiervoor).

De Raad van State is van oordeel dat de verzoekende partijen reeds uit het uittreksel uit het gunningsverslag konden afleiden hoe de posten van hun offerte voor een nadere bevraging waren geselecteerd. De uitleg in de nota en de memorie van antwoord van de verwerende partij heeft de detectiemethode alleen maar verder geëxpliciteerd.

De door de verwerende partij verstrekte uitleg maakt het ook mogelijk voor de verzoekende partijen om te begrijpen hoe de verwerende partij te werk gegaan is voor de detectie van abnormaal lijkende prijzen bij de andere inschrijvers, en in het bijzonder bij de gekozen inschrijver. Weliswaar kunnen de verzoekende partijen zelf niet nagaan of de door de verwerende partij beschreven detectiemethode ook effectief toegepast is op de offertes van de andere inschrijvers. De toepassing van die methode blijkt immers uit de documenten met betrekking tot het prijsonderzoek, die de verwerende partij als vertrouwelijk stuk 7 bij het administratief dossier gevoegd heeft.

De Raad van State, die de vertrouwelijke stukken heeft kunnen inzien, kan evenwel bevestigen dat de verwerende partij voor alle inschrijvers heeft gehandeld overeenkomstig de uitleg die zij in haar nota en haar memorie van antwoord heeft gegeven. De voornoemde documenten bevatten in het bijzonder tabellen ter controle van de prijzen aangeboden door respectievelijk de verzoekende partijen en de gekozen inschrijver. De laatste vier kolommen van die tabellen hebben telkens betrekking op: de gemiddelde prijs voor de betrokken post (berekend op de offertes van alle inschrijvers, zonder rekening te houden met de laagste en de hoogste van de aangeboden prijzen); de afwijking van de prijs van de betrokken inschrijver ten opzichte van dat gemiddelde (in procenten); het gewicht van de betrokken post binnen de offerte van de betrokken inschrijver (in procenten); het gewicht van de betrokken post binnen het gemiddelde van alle offertes (in procenten).

Aan de transparantieverplichting, zoals die voortvloeit uit de toepasselijke Belgische regelgeving, is aldus voldaan door de uitleg die de verwerende partij in haar nota en haar memorie van antwoord heeft gegeven, waarvan de verzoekende partijen reeds in zekere mate kennis hadden gekregen via

het uittreksel uit het gunningsverslag. Die uitleg vindt bevestiging in de stukken van het administratief dossier.

47. De verzoekende partijen voeren aan dat een ruimere transparantieplichting voortvloeit uit artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU, gelezen in samenhang met de Europeesrechtelijke beginselen van transparantie en gelijkheid en non-discriminatie. Volgens hen moet de detectiemethode voor de vaststelling van de abnormaal lijkende prijzen meegedeeld zijn aan de potentiële inschrijvers, en moet die methode in elk geval vastgesteld zijn voordat de offertes geopend worden.

Artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU bevat geen bepaling waaruit een zo ruime transparantieplichting zou voortvloeien als aangevoerd door de verzoekende partijen. De vraag rijst of die dan voortvloeit uit de voornoemde Europeesrechtelijke beginselen, die ook in het Belgische recht gehuldigd worden (artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016).

48. In het door de verzoekende partijen aangehaalde arrest *Lianakis e.a.* heeft het Hof van Justitie gewezen op het belang van een voorafgaande bekendmaking van de gunningscriteria, de subgunningscriteria en de wegingscoëfficiënten van deze criteria, met het oog op de bescherming van de belangen van marktdeelnemers (arrest van 24 januari 2008, C-532/06, EU:C:2008/40, punten 35-40). In het eveneens aangehaalde arrest *TNS Dimarso* heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat eenzelfde verplichting niet bestaat ten aanzien van de methode aan de hand waarvan de aanbestedende dienst de offertes in concreto zal beoordelen en rangschikken, op basis van de vooraf vastgestelde gunningscriteria en het relatieve gewicht ervan. Wel kan die methode in beginsel niet vastgesteld worden na de opening van de offertes, dit om elk risico van favoritisme uit te sluiten; indien die methode echter om aantoonbare redenen niet kan worden vastgesteld vóór de opening van de offertes, kan aan de aanbestedende dienst niet worden verweten dat hij de beoordelingsmethode pas heeft vastgesteld nadat hij kennis genomen heeft van de offertes (arrest van 14 juli 2016, C-6/15, EU:C:2016:555, punten 27 en 31).

Zoals de verwerende partij evenwel terecht aanvoert, bestaat er een verschil tussen het toetsen van een offerte aan de selectie- en gunningscriteria en het prijsonderzoek. De toe te passen selectie- en gunningscriteria kunnen inschrijvers ertoe brengen om hun offerte in de ene of de andere zin op te stellen; inschrijvers moeten daarentegen altijd een “correcte prijszetting (en dus geen abnormaal lage prijszetting) hanteren”, ongeacht de detectiemethode die bij het prijsonderzoek gevolgd zal worden.

Bovendien kan het, zoals door het Hof van Justitie is erkend, in bepaalde gevallen nuttig zijn om een anomalie bij een prijszetting op te sporen aan de hand van de afwijking van de betrokken inschrijving ten opzichte van de andere inschrijvingen (arrest van 15 september 2022, Veridos, C-669/20, EU:C:2022:684, punt 37). Het is dus perfect mogelijk dat de aanbestedende overheid mathematische elementen in aanmerking neemt waarvan de pertinentie pas blijkt nadat de prijzen van de onderscheiden offertes met elkaar vergeleken zijn. Terecht voert de verwerende partij dan ook aan dat het niet mogelijk is “om de detectiemethode voor de schijnbaar abnormale prijzen voorafgaand aan de ontvangst van de offertes vast te stellen, laat staan dat [...] deze voorafgaand aan de inschrijvers ter kennis zou moeten worden gebracht”.

Gelet op het voorgaande besluit de Raad van State dat het Unierecht geen verplichting bevat om de methode voor de detectie van abnormaal lijkende prijzen op voorhand, of minstens vóór de opening van de offertes, vast te stellen.

49. Nu de juiste uitlegging van het Unierecht zo voor de hand ligt dat daarover geen redelijke twijfel kan bestaan, dient het Hof van Justitie daarover niet ondervraagd te worden.

50. Het eerste onderdeel faalt naar recht.

Tweede onderdeel

51. In het tweede onderdeel betwijfelen de verzoekende partijen of de door de verwerende partij gehanteerde detectiemethode pertinent is, in die zin dat zij een nuttig instrument is om abnormale prijzen te detecteren bij alle inschrijvers. Zij voeren aan dat zij, zonder inzage in de prijszetting van de gekozen inschrijver en de beoordeling daarvan door de verwerende partij, niet kunnen nagaan of de methode effectief pertinent is.

Uit de bespreking van het eerste onderdeel is gebleken dat de verzoekende partijen in de nota van de verwerende partij in de schorsingsprocedure en in haar memorie van antwoord in de voorliggende procedure, voldoende gegevens hebben kunnen vinden om te begrijpen hoe de verwerende partij te werk gegaan is om abnormaal lijkende prijzen te detecteren. Niettemin leggen zij niet uit om welke reden de detectiemethode niet pertinent zou zijn, en beperken zij zich tot het maken van een voorbehoud om hun wettigheidskritiek nader uit te werken nadat zij inzage gekregen hebben in een aantal vertrouwelijke stukken.

Zoals de verwerende partij aanvoert, valt moeilijk in te zien welke stukken de verzoekende partijen nog nodig hebben om de pertinentie van de detectiemethode te beoordelen en te bekritisieren. In de gegeven omstandigheden kan de Raad van State niet anders dan vaststellen dat de verzoekende partijen niet verduidelijken op welke wijze de bestreden beslissing is aangetast door de in het tweede onderdeel bedoelde onwettigheid.

52. Het onderdeel is onontvankelijk.

Derde onderdeel

53. In het derde onderdeel betwijfelen de verzoekende partijen of de door de verwerende partij gehanteerde detectiemethode op gelijke wijze en met dezelfde gestrengheid is toegepast op alle inschrijvers. Zoals onder het tweede onderdeel, voeren zij aan dat zij, zonder inzage in de prijszetting van de gekozen inschrijver en de beoordeling daarvan door de verwerende partij, niet kunnen nagaan of de methode de gelijke behandeling van de inschrijvers effectief heeft kunnen garanderen.

De Raad van State herhaalt dat uit de bespreking van het eerste onderdeel is gebleken dat de verzoekende partijen in de nota van de verwerende partij in de schorsingsprocedure en in haar memorie van antwoord in de voorliggende procedure, voldoende gegevens hebben kunnen vinden om te begrijpen hoe de verwerende partij te werk gegaan is om abnormaal lijkende prijzen te detecteren. Niettemin leggen de verzoekende partijen niet uit waarin de ongelijke behandeling van de inschrijvers zou bestaan, en beperken zij zich tot het maken van een voorbehoud om hun wettigheidskritiek nader uit te werken nadat zij inzage gekregen hebben in een aantal vertrouwelijke stukken.

Zoals de verwerende partij aanvoert, valt moeilijk in te zien welke stukken de verzoekende partijen nog nodig hebben om de detectiemethode vanuit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel te beoordelen en te bekritisieren. In de gegeven omstandigheden kan de Raad van State niet anders dan vaststellen dat de verzoekende partijen niet verduidelijken om welke reden de gehanteerde methode op zich de gelijke behandeling van de inschrijvers niet kan garanderen.

In zoverre de verzoekende partijen zich afvragen of de gehanteerde detectiemethode wel op alle inschrijvers op dezelfde wijze is toegepast, erkent de Raad van State dat de verzoekende partijen, doordat de desbetreffende stukken vertrouwelijk zijn, zulks niet zelf kunnen nagaan. De Raad, die de vertrouwelijke stukken wel heeft kunnen inkijken, vindt daarin echter geen aanwijzing dat de verwerende partij de onderscheiden inschrijvers op een ongelijke wijze zou hebben behandeld.

54. Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

55. In een derde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU, de artikelen 81, 83 en 84
ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.259.685 XII-9189-55/104

van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, “geïnterpreteerd conform artikel 69 van [...] Richtlijn 2014/24/EU”, het mededingingsbeginsel, het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers, het transparantiebeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

Zij wijzen erop dat artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt dat de aanbestedende overheid een schriftelijke prijsverantwoording moet vragen in geval van abnormaal lijkende prijzen, en dat zij de inschrijver opnieuw kan bevragen. Die laatste bepaling moet geïnterpreteerd worden conform artikel 69, derde lid, van richtlijn 2014/24/EU, naar luid waarvan de aanbestedende dienst de door de inschrijver verstrekte informatie beoordeelt “in overleg met de inschrijver”, hetgeen een daadwerkelijk contradictoir debat veronderstelt.

De verzoekende partijen voeren aan dat de verwerende partij op 3 december 2021 voor een aantal posten een eerste verzoek tot prijsverantwoording geformuleerd heeft, en vervolgens op 15 december 2021 een tweede verzoek, specifiek voor een bijkomende onderbouwing van de negatieve prijs van 4 euro voor post 2 en 5 euro voor post 3 van het voorwaardelijk gedeelte 1, in verband met de afzet van grond in Rotterdam. Zij voeren aan dat zij de gevraagde verantwoording hebben bezorgd, maar dat de verwerende partij daarmee in essentie geen rekening heeft gehouden, zeggend omdat geen “verdere detaillering of argumentatie” werd aangebracht ter ondersteuning van de voornoemde prijzen.

Volgens de verzoekende partijen kan die werkwijze bezwaarlijk beschouwd worden als een poging van de verwerende partij om met hen “in overleg” te treden, in het kader van de beoordeling van de prijsverantwoording. Het is hen onduidelijk welke andere gegevens zij nog hadden moeten aanbrengen, nadat zij cijfermatig materiaal hadden aangeleverd ter verantwoording van hun prijzen voor de voornoemde posten 2 en 3. De verwerende partij heeft dat ook niet nader toegelicht, bij gebreke van een daadwerkelijk contradictoir overleg. De verzoekende partijen hebben zelf overigens nog getracht om het debat omtrent de

prijsverantwoording verder te voeren door op 18 januari 2022 nog bijkomende informatie te bezorgen. In haar beoordeling van de prijsverantwoording is de verwerende partij niet verder gekomen dan de bewering dat de verzoekende partijen de negatieve prijzen hebben bijgesteld naar respectievelijk 4 en 5 euro, “zonder verdere detaillering of argumentatie”, terwijl zij wel degelijk details en argumenten hebben aangereikt. Doordat de door de verzoekende partijen voorgebrachte bewijsstukken gewoon terzijde zijn geschoven, is er geen sprake van een contradictoir debat.

Minstens vragen de verzoekende partijen dat aan het Hof van Justitie een vraag zou worden gesteld over de interpretatie van artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU. Zij suggereren meer bepaald om aan het Hof te vragen of het voor het contradictoir overleg met de inschrijver volstaat dat de aanbestedende dienst slechts éénmaal om bijkomende verduidelijkingen vraagt, ook als die dienst met betrekking tot die verduidelijkingen van oordeel is dat ze verdere detaillering behoeven, en of de aanbestedende dienst kan beslissen die verduidelijkingen niet te aanvaarden om de eenvoudige reden dat ze verdere detaillering of argumentatie behoeven. Zij suggereren om ook te vragen of artikel 69 zich verzet tegen de werkwijze van een aanbestedende dienst waarbij aan een inschrijver een algemene, niet nader gepreciseerde vraag tot nadere verantwoording van diens prijszetting wordt gesteld, zonder aan te geven waarover precies die dienst opheldering verlangt.

56. In hun memorie van wederantwoord herhalen de verzoekende partijen dat de mate van contradictoir overleg die de verwerende partij te dezen heeft georganiseerd onvoldoende is geweest, “ten eerste omdat haar vraagstelling helemaal niet voldoende duidelijk aangaf wat zij precies wilde van verzoekende partijen, maar daarnaast ook omdat datgene wat door verzoekende partijen werd aangeleverd eigenlijk zonder meer van tafel werd geveegd”. De beoordeling van hun tweede prijsverantwoording is immers beperkt tot de woorden: “zonder verdere detaillering of argumentatie”.

De verzoekende partijen wijzen erop dat die vijf woorden de enige motivering vormen die ter verwerping van de prijsverantwoording in het

gunningsverslag is opgenomen. De verwerende partij komt in haar memorie van antwoord weliswaar af met andere argumenten, met name dat het voorgelegde leverantiecontract “niet vergelijkbaar” zou zijn met de omstandigheden in de voorliggende zaak, en dat het “zinvoller ware geweest als verzoekende partijen een relevanter leverantiecontract hadden bezorgd [...] waarbij de omstandigheden meer aansluiting vinden bij onderhavig project”, maar dat zijn argumenten *a posteriori*.

Wat de bijkomende informatie van 18 januari 2022 betreft, wijzen de verzoekende partijen erop dat zij die hebben aangehaald als bewijs dat zij in overleg hebben proberen te treden met de aanbestedende overheid nadat zij op dat ogenblik al bijna een volledige maand niets meer vernomen hadden sinds hun laatste prijsverantwoording van 19 december 2021.

57. In hun laatste memorie gaan de verzoekende partijen nader in op de arresten van het Hof van Justitie van 27 november 2001, *Lombardini en Mantovani*, C-285/99 en C-286/99, EU:C:2001:640, en 29 maart 2012, *SAG ELV Slovensko*, C-599/10, EU:C:2012:191. Volgens hen blijkt uit die rechtspraak “dat er een daadwerkelijk contradictoir debat moet worden gevoerd, wat als een fundamentele vereiste wordt omschreven, waarbij de aanbestedende overheid haar vraag om toelichting duidelijk dient te formuleren en de inschrijver, na in kennis te zijn gesteld van de op de betrokken opdracht toepasselijke drempel voor abnormaal lage inschrijvingen, [van] de omstandigheid dat zijn inschrijving als abnormaal laag wordt beschouwd en ook van de specifieke punten die bij de aanbestedende dienst vragen hebben doen rijzen, de kans moet krijgen om uitvoerig toelichting te geven in een context van dialoog, discussie en debat”. Zij herhalen dat “een dergelijke contradictoire verificatieprocedure [...] in casu niet [heeft] plaatsgevonden”.

Zij voeren aan dat zij na het bezorgen van hun prijsverantwoording geen “gerichte vraag” hebben gekregen, en dat de verwerende partij hen niet in kennis heeft gesteld van het advies van ATO. Op het ogenblik dat zij bevraagd werden in het kader van het prijsonderzoek waren zij helemaal niet op de hoogte van de op de betrokken opdracht toepasselijke drempel voor abnormaal

lage inschrijvingen. De verzoekende partijen menen dan ook dat zij cruciale informatie ontbeerden toen zij hun prijsverantwoording gaven.

Beoordeling

58. Artikel 36, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt als volgt:

“§ 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. [...]

[...]

Zo nodig ondervraagt de aanbestedende overheid de inschrijver opnieuw. Dit gebeurt schriftelijk. In dit geval kan de termijn van twaalf dagen worden ingekort.

§ 3. De aanbestedende overheid beoordeelt de ontvangen verantwoordingen [...].

[...]

In het kader van [de] beoordeling kan de aanbestedende overheid ook rekening houden met inlichtingen die niet afkomstig zijn van de inschrijver. Deze gegevens worden voorgelegd aan de inschrijver teneinde hem de kans te geven hierop te reageren.

[...].”

Die bepaling vormt de omzetting in het interne recht van artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU, dat luidt als volgt:

“1. De aanbestedende dienst verplicht ondernemers ertoe de in de inschrijving voorgestelde prijs of kosten nader toe te lichten wanneer de inschrijving in verhouding tot de werken, leveringen of diensten abnormaal laag lijkt te zijn.

[...]

3. De aanbestedende dienst beoordeelt de verstrekte informatie in overleg met de inschrijver. Hij kan de inschrijving alleen afwijzen wanneer het lage niveau van de aangerekende prijzen of kosten niet genoegzaam wordt gestaafd door het verstrekte bewijsmateriaal, rekening houdend met de in lid 2 bedoelde elementen.

[...].”

59. Uit de tekst van artikel 36, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 blijkt dat de aanbestedende overheid, indien zij abnormaal lijkende prijzen heeft vastgesteld, de betrokken inschrijver moet bevragen. Na ontvangst van de prijsverantwoording moet de aanbestedende overheid die verantwoording beoordelen. Alvorens een beslissing te nemen dient zij de betrokken inschrijver “zo nodig” opnieuw te ondervragen (artikel 36, § 2, zesde lid). De aanbestedende overheid mag ook rekening houden met inlichtingen die niet afkomstig zijn van de inschrijver, in welk geval zij hem deze gegevens moet voorleggen teneinde hem de kans te geven hierop te reageren (artikel 36, § 3, derde lid).

In verband met artikel 36, § 3, derde lid, is in het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit plaatsing 2017 opgemerkt dat de verplichting om gegevens steunend op de eigen kennis van de aanbestedende overheid of afkomstig van derden aan de betrokken inschrijver voor te leggen, “voort[vloeit] uit artikel 69.3 van richtlijn 2014/24/EU, waarin is bepaald dat de aanbestedende overheid bij de beoordeling in overleg moet treden met de inschrijver. Op die wijze wordt daarenboven gegarandeerd dat de rechten van de verdediging worden nageleefd” (*B.S.* 9 mei 2017, p. 55356).

Buiten dat specifieke geval biedt artikel 36, § 2, zesde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 aan de aanbestedende overheid de mogelijkheid om na ontvangst van de prijsverantwoording een inschrijver opnieuw te bevragen. De Raad van State neemt aan dat die mogelijkheid eveneens voortvloeit uit de bepaling van de richtlijn om “in overleg” te treden, zij het dat de toepassing ervan in de hier bedoelde algemene regeling wordt overgelaten aan de beoordeling van de aanbestedende overheid (“zo nodig”). Het gaat om een mogelijkheid van bijkomende bevraging, geen verplichting. De beoordeling of het al dan niet “nodig” is om een inschrijver opnieuw te ondervragen, mag echter de grenzen van de redelijkheid niet te buiten gaan. De aanbestedende overheid mag met andere woorden niet op een kennelijk onredelijke wijze besluiten dat het niet nodig is om de betrokken inschrijver opnieuw te ondervragen en dat meteen een beslissing genomen kan worden over het al dan niet normaal karakter van de prijzen.

60. Het vigerende artikel 69, lid 3, eerste alinea, eerste volzin, van richtlijn 2014/24/EU stemt overeen met de bepaling van artikel 55, lid 2, van de opgeheven richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Dat artikel 55, lid 2, luidde als volgt: “De aanbestedende dienst onderzoekt in overleg met de inschrijver de samenstelling [van diens inschrijving] aan de hand van de ontvangen toelichtingen.”

In verband met die laatste bepaling overwoog het Hof van Justitie in zijn arrest van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko, C-599/10, EU:C:2012:191, onder meer het volgende:

- “27. Er zij aan herinnerd dat volgens artikel 55 van richtlijn 2004/18, wanneer voor een bepaalde opdracht inschrijvingen worden gedaan die in verhouding tot de te verlenen dienst abnormaal laag lijken, de aanbestedende dienst, voordat hij deze inschrijvingen kan afwijzen, ‘schriftelijk om de door hem dienstig geachte preciseringen over de samenstelling van de desbetreffende inschrijving (verzoekt)’.
28. Uit deze bepalingen, die in dwingende bewoordingen zijn geformuleerd, volgt duidelijk dat de Uniewetgever de aanbestedende dienst heeft willen verplichten om de samenstelling van abnormaal lage inschrijvingen te onderzoeken door hem in dat opzicht te verplichten de gegadigden te verzoeken de nodige motiveringen te verstrekken teneinde te bewijzen dat deze inschrijvingen serieus zijn (zie in die zin arrest van 27 november 2001, Lombardini en Mantovani, C-285/99 en C-286/99, Jurispr. blz. I-9233, punten 46-49).
29. Het bestaan van een daadwerkelijk contradictoir debat tussen de aanbestedende dienst en de gegadigde, op een nuttig tijdstip in de procedure van het onderzoek van de inschrijvingen, opdat laatstgenoemde kan bewijzen dat zijn inschrijving serieus is, vormt bijgevolg een vereiste van richtlijn 2004/18, om willekeurig optreden van de aanbestedende dienst te voorkomen en een gezonde mededinging tussen de ondernemingen te garanderen (zie in die zin arrest Lombardini en Mantovani, reeds aangehaald, punt 57).”

Aldus neemt het Hof van Justitie aan dat het “overleg”, bedoeld in artikel 55, lid 2, van richtlijn 2004/18/EG een “daadwerkelijk contradictoir debat” veronderstelt, te voeren “op een nuttig tijdstip in de procedure van het

onderzoek van de inschrijvingen”. Dit vereiste geldt evenzeer voor het overleg dat thans bedoeld is in artikel 69, lid 3, eerste alinea, van richtlijn 2014/24/EU.

Zoals het Hof van Justitie in zijn arrest SAG ELV Slovensko overweegt, is het vereiste van een “daadwerkelijk contradictoir debat” al aan de orde geweest in zijn arrest van 27 november 2001, Lombardini en Mantovani, C-285/99 en C-286/99, EU:C:2001:640. In die zaak moest het Hof zich uitspreken over de interpretatie van artikel 30, lid 4, van de inmiddels opgeheven richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken. Die bepaling luidde als volgt:

“Indien voor een bepaalde opdracht inschrijvingen worden gedaan die in verhouding tot het uit te voeren werk abnormaal laag lijken, verzoekt de aanbestedende dienst, vóór hij deze inschrijvingen kan afwijzen, schriftelijk om de door hem dienstig geachte preciseringen over de samenstelling van de inschrijving en onderzoekt hij de samenstelling aan de hand van de ontvangen toelichtingen, waarbij hij rekening houdt met de verstrekte motivering.”

In het arrest Lombardini en Mantovani overwoog het Hof onder meer het volgende:

“51. Bijgevolg vereist artikel 30, lid 4, van de richtlijn noodzakelijkerwijs, dat een contradictoire verificatieprocedure wordt toegepast op de inschrijvingen die door de aanbestedende dienst als abnormaal laag worden beschouwd, waarbij deze verplicht is, nadat hij kennis heeft genomen van alle inschrijvingen en voordat hij het gunningsbesluit vaststelt, eerst schriftelijk om toelichting te verzoeken over de elementen van de vermoedelijk abnormale inschrijvingen die concreet bij hem twijfels hebben doen rijzen, en deze inschrijving vervolgens te beoordelen op basis van de door de inschrijver in zijn antwoord op dit verzoek verstrekte motiveringen.

52. [...]

53. Het is immers belangrijk dat elke inschrijver die vermoedelijk een abnormaal lage offerte heeft ingediend, de mogelijkheid krijgt om zijn standpunt dienaangaande behoorlijk te verdedigen, en elke motivering over de verschillende elementen van zijn inschrijving kan verstreken op een tijdstip - noodzakelijkerwijs na de opening van alle enveloppen - waarop hij niet alleen kennis heeft van de op de betrokken opdracht toepasselijke drempel voor abnormaal lage inschrijvingen en de omstandigheid dat zijn inschrijving als abnormaal laag wordt beschouwd, maar ook van de

specifieke punten die bij de aanbestedende dienst vragen hebben doen rijzen.

54. De bovenstaande uitlegging is overigens de enige die verenigbaar is zowel met de letter als met de doelstelling van artikel 30, lid 4, van de richtlijn.

55. Zo staat het blijkens de dwingende bewoordingen van deze bepaling aan de aanbestedende dienst, in de eerste plaats de vermoedelijk onregelmatige inschrijvingen aan te wijzen, in de tweede plaats de betrokken ondernemingen in staat te stellen te bewijzen dat die inschrijvingen serieus zijn, door van hen de door hem nuttig geachte toelichtingen te vragen, in de derde plaats de relevantie van de door de betrokkenen verstrekte toelichting te beoordelen, en in de vierde plaats een besluit te nemen over de toelating of de afwijzing van deze inschrijvingen. Er is dus van uit te gaan, dat aan de voorwaarden die inherent zijn aan het contradictoire karakter van de verificatieprocedure voor de abnormaal lage inschrijvingen in de zin van artikel 30, lid 4, van de richtlijn, slechts is voldaan wanneer achtereenvolgens alle bovenstaande stappen zijn verricht.

56. [...]

57. Voorts is het bestaan van een daadwerkelijk contradictoir debat tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver, op een nuttig tijdstip in de procedure van het onderzoek van de inschrijvingen, een fundamenteel vereiste van de richtlijn, om willekeurig optreden van de aanbestedende overheid te voorkomen en een gezonde mededinging tussen de ondernemingen te garanderen.”

Uit de aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat het contradictoir karakter van het bijzonder prijsonderzoek vereist dat het onderzoek uit vier elkaar opvolgende fasen bestaat (zie met name punt 55 van het arrest Lombardini en Mantovani): mededeling aan de inschrijver van de prijzen die abnormaal lijken; prijsverantwoording door de inschrijver; beoordeling van de relevantie van de verstrekte verantwoording; besluit over het al dan niet normaal karakter van de prijzen.

In hun laatste memorie verwijzen de verzoekende partijen naar punt 53 van het arrest Lombardini en Mantovani, en voeren zij aan dat daaruit blijkt dat de inschrijver die een abnormaal laag lijkende offerte heeft ingediend, in het kader van het prijsonderzoek “in kennis [gesteld moet zijn] van de op de betrokken opdracht toepasselijke drempel voor abnormaal lage inschrijvingen” (zie overweging 57, hiervoor). Gelet op de in het arrest uiteengezette feiten blijkt evenwel dat het in het bedoelde punt 53 gaat om de drempel voor het identificeren van “abnormaal lage inschrijvingen”, te verstaan als abnormaal lage totaalprijzen.

De berekeningswijze van die drempel was de inschrijvers bekend toen zij hun offertes indienden. De kern van het arrest bestaat erin dat zelfs het bestaan van een dergelijke vooropgestelde drempel niet volstaat om de offertes die eronder zitten meteen abnormaal laag te verklaren, zonder de betrokken inschrijvers de kans te geven zich te verantwoorden. Het gaat daarentegen niet om een drempel voor het identificeren van andere, “specifieke punten die bij de aanbestedende dienst vragen hebben doen rijzen”, zoals te dezen. Zoals hierna nog wordt herhaald, is te dezen aan de verzoekende partijen geen prijsverantwoording gevraagd voor de totaalprijs, maar enkel voor bepaalde eenheidsprijzen (zie overweging 61). De door de verzoekende partijen aangehaalde overweging van punt 53 van het arrest Lombardini en Mantovani levert dan ook geen argument op voor de voorliggende zaak.

61. Te dezen blijken uit het administratief dossier de volgende feitelijke omstandigheden.

Op 2 december 2021 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partijen een prijsverantwoording voor een aantal posten van het voorwaardelijk gedeelte 1 en het voorwaardelijk gedeelte 2. Op 12 december 2021 bezorgen de verzoekende partijen hun prijsverantwoording. Voor de posten van het voorwaardelijk gedeelte 1 bestaat die verantwoording uit een gedetailleerde opgave, per post, van de hoeveelheid, de eenheidsprijs en de totale prijs. In de begeleidende brief wordt gesteld dat voor de afzet van de grond gebruikgemaakt wordt van de “veelvuldige eigen projecten” van de bv Boskalis Nederland.

Op 15 december 2021 vraagt de verwerende partij om een bijkomende verantwoording voor twee van de eerder bevraagde posten van het voorwaardelijk gedeelte 1. Die posten hebben met name betrekking op de afzet van de uitgegraven grond in de omgeving van Rotterdam. De verwerende partij wil bijkomende informatie over de eenheidsprijzen:

“Cruciaal element, dat niet verder werd onderbouwd, is de negatieve prijs van 4 EUR op post 2 en 5 EUR op post 3 van het voorwaardelijk gedeelte 1 voor de afzet van gronden in Rotterdam.

Gelieve de bewijsstukken aan te leveren, waaruit blijkt dat deze prijzen marktconform zijn.

Gelieve ons deze bewijsstukken aan te leveren voor maandag aanstaande tegen 12:00u.”

De verzoekende partijen geven op 19 december 2021 een bijkomende verantwoording. Zij herhalen dat de bv Boskalis Nederland de vrijgekomen gronden wil gebruiken op “veelvuldige eigen projecten waarop zij enorme hoeveelheden [verwerkt]”. Ter staving van de marktconformiteit van de door de bv Boskalis Nederland gehanteerde prijzen “voor het ontvangen van deze gronden” geven zij de volgende verantwoording, die in het gunningsverslag letterlijk geciteerd wordt:

“Boskalis is de grootste leverancier van zand op de Nederlandse markt en wint en verkoopt jaarlijks via haar zandhandel tussen de 3 en 5 miljoen m³ zand (2021: 4.2 mio m³, incl. deelnemingen). Daarnaast levert Boskalis zand aan de eigen projecten. De zandleverantie aan eigen projecten (2021: 4.1 mio m³) fluctueert vanzelfsprekend over de jaren in enige mate, afhankelijk van het projectvolume in de orderportefeuille. Het zand dat vrijkomt bij het baggeren van het wachtdok willen wij bij voorkeur toepassen in een eigen project. Gezien de uitvoeringsperiode van de werken in Zandvliet kunnen wij nu nog niet aangeven welk project hiervoor in aanmerking komt. Dit is afhankelijk van de uitvoeringsperiode van de werken in Zandvliet in combinatie met de projecten die wij op dat moment in uitvoering hebben.

Wij hebben de waarde van het zand ingeschat op basis van het door OG [de opdrachtgever] aangeleverde grondonderzoek. Een voorbeeld van een leverantiecontract aan een project is als bijlage toegevoegd. Hierbij heeft het project Maasbaggeren zand geleverd ten behoeve van het dempen van de Rijnhaven. De verkoopprijs op dat project bedroeg Euro 6,50 per beun-m³. Hierbij dient opgemerkt te worden dat voor dit zand een korreldiameter $\geq 250 \mu\text{m}$ vereist was. Voor het zand uit Zandvliet verwachten wij een mindere kwaliteit (lemig zand: kleinere en meer [wisselende] korreldiameter) waardoor wij de waarde naar beneden hebben bijgesteld.”

Het bijgevoegde leverantiecontract is een overeenkomst van verkoop van zand door een derde onderneming aan de bv Boskalis Nederland.

Op 22 december 2012 wordt het gunningsverslag opgesteld. Daarin wordt vastgesteld dat er voor het bijstellen naar beneden van de prijs per m³, meer bepaald van 6,50 euro naar respectievelijk 4 en 5 euro, geen “verdere

detailtering of argumentatie” is. In dit verband wordt vastgesteld dat de verzoekende partijen verklaren hun prijs te steunen op het door de verwerende partij aangeleverde grondonderzoek, terwijl het bestek “eigen boringen en bevindingen” vereist. “Op basis van de aangeleverde elementen” wordt in het verslag besloten dat het vermoeden van abnormale prijs voor de twee bedoelde posten niet weerlegd wordt.

Die conclusie wordt door de verwerende partij in de gunningsbeslissing bijgevalen.

62. De feiten tonen aan, naar het oordeel van de Raad van State, dat de verwerende partij de verzoekende partijen daadwerkelijk de kans heeft gegeven om het vermoeden van een abnormale prijs te weerleggen. Zij heeft hen een eerste keer op een algemene wijze een prijsverantwoording gevraagd voor een aantal posten, waarop de verzoekende partijen ook hebben gereageerd. De verwerende partij heeft vervolgens een specifieke bijkomende vraag gesteld over twee welbepaalde posten, waarop de verzoekende partijen eveneens gereageerd hebben. Uit het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij die laatste prijsverantwoording beoordeeld heeft, maar onvoldoende bevonden heeft.

De beoordeling van de prijsverantwoording is aldus gebeurd in overeenstemming met het overlegvereiste vervat in artikel 36, § 2, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, en in overeenstemming met het vereiste van een daadwerkelijk contradictoir debat vervat in artikel 69, lid 3, eerste alinea, van richtlijn 2014/24/EU.

63. In zoverre de verzoekende partijen aanvoeren dat de verwerende partij, na ontvangst van hun bijkomende verantwoording op 19 december 2021, nog verder met hen in dialoog had moeten treden, moet herhaald worden dat het aan de aanbestedende overheid staat om te oordelen of het nog “nodig” is om de inschrijver opnieuw te ondervragen, met toepassing van artikel 36, § 2, zesde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Ook al kunnen er bijzondere omstandigheden zijn die maken dat de overheid in een bepaald geval verplicht is de inschrijver opnieuw te bevragen, de verzoekende partijen brengen te dezen geen dergelijke omstandigheden bij. Het enkele feit dat de verwerende partij de door de

verzoekende partijen verstrekte verantwoording onvoldoende geacht heeft wegens het ontbreken van detaillering of argumentatie – een vaststelling die overigens niet slaat op de verstrekte toelichting in haar geheel genomen, maar enkel op het specifieke, cruciaal geachte punt van het fixeren van de negatieve eenheidsprijs op respectievelijk 4 en 5 euro – doet niet blijken van een kennelijk onredelijke beoordeling van het al dan niet bestaan van de noodzaak van een verdere bevraging, voorafgaand aan het nemen van een beslissing.

De omstandigheid dat de verzoekende partijen op 18 januari 2022 “vrijblijvend” en spontaan nog informatie aanreikten, leidt niet tot een andere conclusie. Op dat ogenblik was het gunningsverslag reeds opgesteld. De verwerende partij mocht na de ontvangst van het antwoord op haar specifieke vraag van 15 december 2021 een beslissing nemen over de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partijen. De bijkomende informatie van 18 januari 2022 had overigens in hoofdzaak betrekking op een factuur die, zoals het op 19 december 2021 meegedeelde leverantiecontract, sloeg op leveringen van zand in de omgeving van Rotterdam, maar zij bevatte geen gegevens in verband met de prijs voor het zand uit Zandvliet.

64. Het onderzoek van het middel heeft niet doen blijken van enige onduidelijkheid in verband met de interpretatie van artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU.

Voor zoveel als nodig, merkt de Raad van State op dat aan het Hof van Justitie niet gevraagd kan worden of de procedure die in een bepaalde zaak in verband met de prijsverantwoording is gevolgd, al dan niet voldoet aan de vereisten van het Unierecht.

Er is dan ook geen aanleiding om aan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag te stellen.

65. Of de prijsverantwoording op grond van de door de verzoekende partijen aangereikte stukken al dan niet terecht werd geweigerd, maakt niet het voorwerp uit van het derde middel, maar van het vijfde middel.

66. Het derde middel kan niet aangenomen worden.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

67. In een vierde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 81, 83 en 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 35, 36 en 76 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten 2017, “geïnterpreteerd conform artikel 69 van [...] Richtlijn 2014/24/EU”, “artikel 35 van de opdrachtdocumenten”, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het mededingingsbeginsel, het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

Zij voeren in essentie aan dat de verwerende partij ten onrechte steunt op het administratief voorschrift van het bestek in verband met de toepassing van artikel 35 van het koninklijk besluit uitvoering om de door hen gegeven prijsverantwoording te verwerpen.

In zoverre in het gunningsverslag wordt gesteld dat het bestek vereist dat de inschrijver zijn prijzen op grond van eigen boringen en bevindingen moet bepalen, en niet op basis van het door de opdrachtgever aangeleverde grondonderzoek, voeren de verzoekende partijen aan, ten eerste, dat de verwerende partij de bewoordingen van het bestek omkeert: in de bepaling onder ‘Grondmechanisch onderzoek’, derde alinea, b) (hierna: bestekbepaling onder b)), staat niet “eigen boringen en bevindingen”, maar “eigen bevindingen en boringen”. Het woord “eigen” slaat in het bestek dus niet op de boringen. De bevindingen moeten eigen zijn, maar de boringen kunnen zowel eigen boringen als boringen

uitgevoerd door de afdeling Geotechniek van het departement Mobiliteit en Openbare Werken – Xperta (hierna: afdeling Geotechniek) zijn. Ten tweede, de interpretatie die de verwerende partij aan de bedoelde bestekbepaling geeft, maakt de hele bepaling waarin die specifieke bepaling voorkomt zinledig. “Het hele punt van de betrokken bestekbepaling is er immers om projectspecifieke boringen en de resultaten daarvan ter beschikking te stellen van de inschrijvers.” De verzoekende partijen stellen de vraag waarom de inschrijvers verwezen zouden worden naar de projectspecifieke grondmechanische boringen uitgevoerd door de afdeling Geotechniek, waarvan de resultaten via de website van de Databank Ondergrond Vlaanderen (hierna: DOV) kunnen worden geraadpleegd, als daarmee toch geen rekening moet worden gehouden. Zij voeren voorts aan, ten derde, dat het kennelijk onredelijk is “om van de inschrijvers te verwachten dat zij arbeidsintensieve en dure eigen boringen laten uitvoeren enkel en alleen met het oog op de prijszetting, met verbod op het gebruiken van de reeds voorliggende onderzoeken en boringen, terwijl zij voor alle andere technische aspecten van de opdracht verwacht worden wél kennis te nemen van die onderzoeken en boringen én deze aan te wenden bij de uitvoering”. Ten vierde valt de lezing die de verwerende partij aan het bestek geeft, niet te rijmen met de zeer korte termijn waarover de inschrijvers beschikten om een offerte in te dienen. Het is praktisch gezien onmogelijk om binnen de voorziene termijn van zes weken boringen te laten uitvoeren, daarover een rapport te laten opmaken, en dan ook nog eens een volledige prijszetting op te maken.

De verzoekende partijen stellen voorts vast dat in het gunningsverslag ook wordt verwezen naar een andere bepaling van het bestek, onder ‘Grondmechanisch onderzoek’, derde alinea, a) (hierna: bestekbepaling onder a)). Naar luid van die bepaling geeft de aanbestedende overheid geen enkele waarborg over interpretaties van het grondmechanisch onderzoek voor andere grondmechanische problemen dan die welke in de betrokken rapporten genoemd zijn. De verwerende partij lijkt daaruit af te leiden dat voor de prijsbepaling géén rekening mocht worden gehouden met het grondmechanisch onderzoek van de afdeling Geotechniek. Een dergelijke conclusie berust echter op een verkeerde interpretatie van de bedoelde bestekbepaling. Die bepaling bevat op geen enkele

wijze een koppeling met de prijszetting. Ze heeft integendeel tot doel om het risico bij de uitvoering van de aanneming te expliciteren.

68. In hun memorie van wederantwoord repliceren de verzoekende partijen op de bewering van de verwerende partij dat zij hun prijszetting niet gebaseerd zouden hebben op eigen bevindingen. Zij voeren aan dat niets hen belette om kennis te nemen van de door de verwerende partij zelf ter beschikking gestelde grondmechanische onderzoeken en daar hun eigen conclusies uit te trekken. Zij hebben dat wel degelijk gedaan, wat bijvoorbeeld blijkt uit hun tweede prijsverantwoording, waarin zij verwijzen naar “o.m. hun eigen bevindingen inzake de kwaliteit van het zand”.

Voorts stellen zij vast dat de gehele redenering van de verwerende partij tegenstrijdig is: “enerzijds behandelt zij de bestekbepaling dat prijzen uitsluitend moesten bepaald worden op grond van ‘eigen bevindingen en boringen’ (waarbij zij dat dan leest als ‘eigen bevindingen en eigen boringen’) als een substantiële vereiste, waaraan de onregelmatigheid van de offerte gekoppeld werd; anderzijds laat zij op verschillende plaatsen in haar memorie van antwoord verstaan dat die eigen boringen eigenlijk allemaal niet zo belangrijk waren, niet zoveel voorstelden, aan geen enkele kwaliteitsvereiste waren verbonden, dat het zelfs niet uitmaakte hoeveel boringen er werden uitgevoerd etc (zie ook zesde middel).”

De verzoekende partijen voeren aan dat de wijze waarop de verwerende partij haar opdrachtdocumenten toepast en interpreteert, een ongelijke behandeling van inschrijvers met zich meebrengt. Inschrijvers die geen eigen boringen hebben uitgevoerd worden afgestraft, zagezegd omdat zij op die manier geen waarborgen hadden omtrent grondmechanische problemen, terwijl inschrijvers die wel eigen boringen hebben uitgevoerd, niet gesanctioneerd worden, ook al konden die eigen boringen, bij gebreke van minimale kwalitatieve eisen, al evenmin waarborgen bieden omtrent grondmechanische problemen.

In zoverre de verwerende partij aanvoert dat de door haar ter beschikking gestelde grondmechanische onderzoeken niet projectspecifiek zijn,
ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.259.685 XII-9189-70/104

omdat het gaat om onderzoeken uit 1969, 1989, 1992 en 2017, repliceren de verzoekende partijen dat zij niet inzien wat de relevantie is van de datum van de onderzoeken. Het gaat om onderzoeken die betrekking hebben op de locatie voor de uitvoering van de opdracht. De onderzoeken waren dus wel degelijk projectspecifiek en bijgevolg nuttig en relevant voor de prijszetting. Meer nog, het feit dat meerdere onderzoeken werden uitgevoerd over een lange tijdsperiode maakt die technische verslagen net veel betrouwbaarder dan eigen boringen die op een tijdsperiode van slechts zes weken uitgevoerd en geanalyseerd dienen te worden ten behoeve van de prijszetting.

69. In hun laatste memorie herhalen de verzoekende partijen dat het helemaal niet zo evident is dat de formulering “eigen bevindingen en boringen” gelijkgesteld wordt aan “eigen bevindingen én eigen boringen”. Zo wordt in het bestek de aandacht van de inschrijver erop gevestigd dat hij zijn prijzen uitsluitend dient te bepalen volgens “eigen bevindingen en boringen”, maar wordt hij meteen daarna verwezen naar de gegevens beschikbaar op DOV, meer bepaald sonderingen en boringen. Daarbij wordt benadrukt dat de afdeling Geotechniek instaat voor de kwaliteitsborging van haar boringen.

De verzoekende partijen herhalen dat de besproken bestekbepaling onder a) op geen enkele wijze gekoppeld is aan de prijszetting, in tegenstelling tot de bepaling onder b), en dat de eerstgenoemde bepaling enkel gekaderd kan worden in de aflijning van het risico van de aanneming. Daaruit volgt echter niet dat de rapporten inzake het grondmechanisch onderzoek niet dienstig zouden zijn in het kader van de prijszetting. Integendeel, het bestek bevestigt dat de afdeling Geotechniek instaat voor de kwaliteitsborging van haar sonderingen en boringen.

In verband met de bestekbepaling onder b) benadrukken de verzoekende partijen dat in het bestek niet uitdrukkelijk wordt voorgeschreven dat de inschrijvers proefboringen moeten doorvoeren om hun eenheidsprijzen te bepalen. Het ligt dan ook niet voor de hand om de woorden “eigen bevindingen en boringen” te interpreteren als “eigen bevindingen én eigen boringen”.

Ten slotte voeren de verzoekende partijen aan dat, nu niet blijkt dat de bepaling van het bestek in verband met de prijsbepaling op grond van eigen bevindingen en boringen essentieel is voor de prijszetting, de verwerende partij niet op die bepaling kan steunen om hun offerte onregelmatig te verklaren. Wanneer de aanbestedende overheid een schending van het bestek inroept om een prijsverantwoording te verwerpen, moet zij immers rekening houden met het toetsingskader inzake regelmatigheid, en meer bepaald met artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017. De schending van een bestekbepaling zonder essentieel karakter kan niet leiden tot sanctionering.

Beoordeling

70. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van het middel op, afgeleid uit het feit dat de verzoekende partijen daarbij geen belang hebben, aangezien het middel gericht zou zijn tegen een overtollig motief.

Het is niet nodig om op deze exceptie in te gaan. Om de hiernavolgende redenen is het middel in elk geval ongegrond.

71. Onder punt D, ‘Administratieve voorschriften bij toepassing van het koninklijk besluit van 14.01.2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten (AUR)’, bevat het bestek de volgende bepalingen:

“Art. 35. Plannen, documenten en voorwerpen opgemaakt door de aanbestedende overheid

Plannen van de opdracht

[...]

Grondmechanisch onderzoek

Verscheidene grondmechanische onderzoeken werden uitgevoerd, langs het tracé, door de afdeling Geotechniek van de Vlaamse overheid, departement Mobiliteit en Openbare Werken – Xperta, of haar voorgangers. De onderzoeken maken het voorwerp uit van de verslagen nrs.

- GEO-17/074 (sonderingen) en GEO-17/112 (boringen)

- GEO-69/485 (sonderingen en boringen)

- GEO-89/128 (sonderingen) en GEO-89/129 (boringen)

- GEO-92/109

De opdrachtnemer kan kennis nemen van de uitslag van de proeven bij de aanbestedende overheid via de website dov.vlaanderen.be.

Zijn aandacht wordt gevestigd op het feit dat:

- a) het voornoemde grondmechanisch onderzoek tot doel had om de in de rapporten genoemde grondmechanische karakteristieken te onderzoeken en dat bijgevolg de aanbestedende overheid geen enkele waarborg geeft over interpretaties voor andere grondmechanische problemen;
- b) de opdrachtnemer zijn prijzen uitsluitend bepaalt volgens eigen bevindingen en boringen.

De opdrachtnemer kan zich vergewissen van de lagenopbouw ter plaatse van de uitvoeringslocaties via de gegevens beschikbaar op DOV (Databank Ondergrond Vlaanderen) via <http://dov.vlaanderen.be>. Bij het raadplegen van DOV houdt men ermee rekening dat de afdeling Geotechniek enkel instaat voor de kwaliteitsborging van de sonderingen en boringen uitgevoerd door de afdeling Geotechniek zelf.

[...]

Milieuhygiënisch bodemonderzoek

[...]

Sloopopvolgingsplan

[...].”

72. Die bepalingen moeten, zoals uit het opschrift van deel D van het bestek blijkt, begrepen worden als een toelichting bij artikel 35 van het koninklijk besluit uitvoering. Paragraaf 1 van die laatste bepaling luidt als volgt:

“Indien hij dit vraagt, ontvangt de opdrachtnemer kosteloos en zo mogelijk op elektronische wijze een volledig stel kopijen van de plannen die als basis voor de gunning van de opdracht hebben gediend. De aanbesteder is verantwoordelijk voor de overeenstemming van de kopijen met de oorspronkelijke plannen.

[...]

De opdrachtdocumenten vermelden welke andere documenten en voorwerpen ter beschikking van de opdrachtnemer kunnen worden gesteld om zijn werk te vergemakkelijken. Ze bevatten ook de voorwaarden en voorschriften voor de beschikbaarstelling en, in voorkomend geval, voor de terugbezorging van deze documenten en voorwerpen.

[...].”

Aldus bepaalt het bestek, ter aanvulling van artikel 35, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit uitvoering, dat onder meer een aantal verslagen in verband met grondmechanische onderzoeken, uitgevoerd door de afdeling Geotechniek, of haar voorgangers, raadpleegbaar zijn op de website van DOV. De toegang tot die verslagen is bedoeld om het werk van de opdrachtnemer te vergemakkelijken.

Het bestek vervolgt evenwel met twee waarschuwingen aan het adres van de opdrachtnemer. Onder a) wordt erop gewezen dat elk van de bedoelde verslagen is opgesteld met een welbepaald doel, zodat voor “interpretaties” voor andere doeleinden geen enkele waarborg wordt verleend. Onder b) volgt een waarschuwing die specifiek betrekking heeft op het bepalen van de prijzen: voor het vaststellen van zijn prijzen moet de opdrachtnemer uitsluitend voortgaan op “eigen” bevindingen en boringen. Zoals de verwerende partij terecht aanvoert, blijkt aldus uit de waarschuwingen dat de verwerende partij van elke inschrijver verwacht dat hij zich voor de vaststelling van zijn prijzen “niet blind staart” op de ter beschikking gestelde informatie, maar dat hij die prijzen integendeel vaststelt op basis van eigen bevindingen en boringen. De verwerende partij voegt hieraan ook terecht toe dat, als de opdrachtnemer zijn prijzen niet heeft vastgesteld op basis van eigen bevindingen en boringen, het risico voor hem is “indien hij hierdoor tijdens de uitvoering geconfronteerd wordt met meerkosten”.

Ook al heeft de bestekbepaling in verband met artikel 35 van het koninklijk besluit uitvoering op zich betrekking op de uitvoering van de opdracht door de opdrachtnemer, dit neemt niet weg dat de verwerende partij bij het beoordelen van het al dan niet normaal karakter van de prijzen ook rekening kan houden met het bestaan van die bepaling, en dus meer bepaald met de verwachting dat een inschrijver zijn prijzen bepaalt op basis van eigen bevindingen en boringen, en niet louter op basis van de bevindingen van de afdeling Geotechniek naar aanleiding van eerdere grondmechanische onderzoeken.

73. In het gunningsverslag wordt in verband met de prijsverantwoording voor de door de verzoekende partijen opgegeven minprijzen voor de afzet van grond in Rotterdam vooreerst vastgesteld dat de verzoekende partijen die minprijzen (4 en 5 euro per m³) hebben bepaald op basis van de prijs die zij eerder voor een bepaalde levering van maaszand hebben betaald (6,5 euro per m³), welke prijs zij dan omwille van de mindere kwaliteit van de grond afkomstig uit Zandvliet naar beneden hebben bijgesteld. Er wordt opgemerkt dat er over dat bijstellen in de prijsverantwoording geen “verdere detaillering of argumentatie” is.

Vervolgens wordt in het verslag ook ingegaan op het argument van de verzoekende partijen dat hun minprijzen voor de afzet van de grond van Zandvliet werden bepaald “op basis van het door [de] opdrachtgever aangeleverde grondonderzoek”. Hiertegenover stelt het gunningsverslag dat het bestek vereist dat de prijs wordt vastgesteld op basis van “eigen boringen en bevindingen”, en dat het bestek bovendien bepaalt dat geen enkele waarborg wordt gegeven voor de interpretaties van de in de rapporten vervatte resultaten voor andere problemen dan de specifiek in die rapporten genoemde grondmechanische karakteristieken.

Aldus blijkt dat de verwerende partij in de eerste plaats vaststelt dat er voor de negatieve prijzen voor de posten 2 en 3 geen nadere detaillering of argumentatie is, buiten de verwijzing naar een verkoop van maaszand in Nederland en de verwachting van de verzoekende partijen dat het zand in Zandvliet van een “mindere kwaliteit” is. De verwerende partij stelt geen vragen bij de prijs van dat maaszand, wel bij de wijze waarop de verzoekende partijen die prijs hebben bijgesteld om te komen tot het bepalen van welbepaalde minprijzen voor de afzet van het zand uit Zandvliet. Dáárvoor is er, naar het oordeel van de verwerende partij, geen verdere detaillering of argumentatie. De verwerende partij gaat vervolgens in op het argument van de verzoekende partijen dat zij de waarde van het zand in Zandvliet (toch wel) hebben ingeschat op basis van het door de verwerende partij aangeleverde grondonderzoek. Dit argument wordt om een dubbele reden verworpen: enerzijds vereist het bestek dat voor de prijsbepaling wordt uitgegaan van eigen boringen en bevindingen, anderzijds bepaalt het bestek dat uit de door de verwerende partij ter beschikking gestelde verslagen over grondmechanische onderzoeken geen conclusies getrokken mogen worden voor andere grondmechanische problemen dan die welke de betrokken verslagen specifiek tot voorwerp hebben. Met andere woorden, de resultaten van die onderzoeken volstaan voor de verwerende partij niet ter verantwoording van de vaststelling van de kwaliteit van het vrijkomende zand en van de daarmee verbonden prijszetting voor de afzet ervan.

De opmerking dat de verzoekende partijen hun prijzen niet hebben bepaald op basis van “eigen boringen en bevindingen” dient dus tot verdere

uitwerking van de opmerking dat de verantwoording voor het vaststellen van die prijzen op een bepaald bedrag (4 respectievelijk 5 euro/m³), op basis van een prijs die zij hebben betaald voor de levering van maaszand voor een project in Rotterdam (6,5 euro/m³), niet nader gedetailleerd of geargumenteed is. Als de verwerende partij opmerkt dat “eigen boringen en bevindingen” door het bestek vereist zijn, dan is dat niet om vast te stellen dat de verzoekende partijen een bij het bestek opgelegde verplichting niet zijn nagekomen en om daaruit af te leiden dat hun offerte om die reden onregelmatig is, maar wel om erop te wijzen dat van een inschrijver verwacht kon worden – in het licht van een bestekbepaling in verband met de uitvoering van de opdracht – dat hij zijn prijzen zou bepalen op basis van “eigen boringen en bevindingen”, en niet louter “op basis van het door [de verwerende partij] aangeleverde grondonderzoek”. Precies omdat de verzoekende partijen aanvoeren dat zij gesteund hebben op de door de verwerende partij ter beschikking gestelde onderzoeken om de kwaliteit van het zand in Zandvliet in te schatten en om daarop hun prijsbepaling te baseren, wijst de verwerende partij op de bestekbepalingen die de inschrijvers ervoor waarschuwen dat die onderzoeken geen voldoende grond bieden voor de prijsbepaling.

74. In het licht van het voorgaande neemt de Raad van State aan dat, in zoverre de verwerende partij steunt op de bestekbepaling in verband met artikel 35 van het koninklijk besluit uitvoering, zij die bepaling niet hanteert als een op zichzelf staande grond om de prijsverantwoording van de verzoekende partijen te verwerpen. De verwijzing naar die bepaling dient veeleer ter nadere motivering van de vaststelling dat de prijsverantwoording niet gedetailleerd en niet geargumenteed is, nu van een inschrijver eigen boringen en eigen bevindingen met het oog op de prijsbepaling verwacht mochten worden en een interpretatie van de resultaten van de ter beschikking gestelde grondmechanische onderzoeken daartoe niet kon volstaan.

Het doet er in die omstandigheden weinig toe dat in het gunningsverslag de uitdrukking “eigen boringen en bevindingen” wordt gebruikt, terwijl in de bedoelde bestekbepaling sprake is van “eigen bevindingen en boringen”. Het gaat erom of er voor de bijstelling van de prijs ten aanzien van de prijs voor het maaszand dat in Rotterdam wordt geboden een voldoende

verantwoording was, die rekening hield met de kwaliteit van het zand afkomstig uit Zandvliet.

Bij gebreke van enige voorgelegde verantwoording in die zin, of ze nu gesteund was op eigen boringen of anderszins, is het voor het onderzoek van het vierde middel zonder belang om na te gaan of het redelijk zou zijn om van een inschrijver te verlangen dat hij binnen de korte termijn voor het indienen van een offerte eigen boringen zou verrichten.

75. Er is niet gebleken dat de verwerende partij onwettig heeft gehandeld door de bestekbepaling in verband met artikel 35 van het koninklijk besluit uitvoering te betrekken bij de vaststelling dat er voor het bijstellen van de prijs ten aanzien van de prijs betaald voor maaszand, gelet op de kwaliteit van het zand afkomstig van Zandvliet, geen “verdere detaillering of argumentatie” is.

Het middel kan dan ook niet aangenomen worden.

E. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

76. In een vijfde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU, de artikelen 81, 83 en 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 5 en 8 van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, “geïnterpreteerd conform artikel 69 van [...] Richtlijn 2014/24/EU”, het mededingingsbeginsel, het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers, het transparantiebeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

Uit de toelichting bij het middel kunnen vijf grieven afgeleid worden.

76.1. De verzoekende partijen voeren aan, ten eerste, dat in tegenstelling tot wat in het gunningsverslag wordt gesteld, zij hun prijszetting wel gesteund hebben op eigen bevindingen. Zij citeren daartoe uit hun prijsverantwoording, waarin zij in het bijzonder hebben gewezen op het specifieke productieproces waarmee één van hen, de nv Boskalis Nederland, werkt.

De verzoekende partijen lichten toe dat zij op grond van eigen bevindingen vier “correlaties” hebben gemaakt om tot een correcte en marktconforme prijs te komen:

- “(1) Boskalis is de grootste leverancier van zand op de Nederlandse markt en wint en verkoopt jaarlijks via haar zandhandel tussen de 3 en 5 miljoen m³ zand, waaruit uiteraard volgt dat Boskalis als zandhandelaar nauwe contacten heeft met de zandafzetmarkt én dat zij beschikt over de nodige kennis en knowhow inzake het afzetten en verhandelen van zandspecie, en bijgevolg perfect in staat is om een concurrentiële doch correcte prijszetting te geven;
- (2) Het zand dat vrijkomt bij het baggeren van het wachtdok zal toegepast worden in een eigen project, wat impliceert dat het zand onderdeel zal uitmaken van de totale jaarlijkse winningshoeveelheid van Boskalis voor haar eigen zandbedrijf en vervolgens zal worden doorgeleverd aan eigen werken en verhandeld op de markt. Het is bijgevolg Boskalis zelf die het zand afneemt;
- (3) De waarde van het zand werd ingeschat door de in-house geotechnische specialisten op basis van een interpretatie van de boorbeschrijvingen die onderdeel uitmaakten van het door de aanbestedende overheid aangeleverde grondonderzoek, waarbij correlaties werden gemaakt met de DOV database (zoals voorgeschreven in het bestek) en met de in Nederland publiekelijk beschikbare bronnen (relevante grondboringen en grondonderzoeken en de binnen Boskalis beschikbare kennis van het door Boskalis zelf en door derden lokaal gewonnen zand in de omgeving van het project, geselecteerd op basis van de eigen ervaring en knowhow). Verzoekende partijen toonden hoger reeds aan dat zulks niet in strijd is met het bestek;
- (4) Op grond van een eigen inschatting werd zand verwacht van mindere kwaliteit (lemig zand: kleinere en meer [wisselende] korreldiameter) waardoor de waarde naar beneden werd bijgesteld, waarbij die bijstelling uiteraard opnieuw gebeurde op basis van de eigen jarenlange ervaring en knowhow.”

Volgens de verzoekende partijen heeft de verwerende partij die vier elementen buiten beschouwing gelaten, “enkel en alleen omdat bij de prijszetting rekening was gehouden met de in het bestek opgelijste

grondmechanische onderzoeken”. Het loutere feit dat de verzoekende partijen met die onderzoeken rekening hebben gehouden, wil echter niet zeggen dat hun prijszetting niet evenzeer was gesteund op eigen bevindingen, eigen ervaring en eigen knowhow.

76.2. De verzoekende partijen betwisten, ten tweede, dat zij voor de posten 2 en 3 van het voorwaardelijk gedeelte 1 een prijsverantwoording gegeven zouden hebben “zonder verdere detaillering of argumentatie”.

Het loutere feit dat zij de prijszetting van 4 euro voor post 2 en 5 euro voor post 3 niet nog verder mathematisch (“ad infinitum”) hebben uiteengezet, betekent niet dat de prijsverantwoording niet gedetailleerd en onderbouwd was. Het ging om een inschatting die de verzoekende partijen hebben gemaakt van de kwaliteit van het zand, op grond van hun eigen ervaring en bevindingen. Het is dus niet meer dan normaal dat de prijzen niet mathematisch berekend werden. De verzoekende partijen hebben echter aan de hand van cijfermatige voorbeelden (het bij de tweede verantwoording gevoegde leverantiecontract en de op 18 januari 2022 bijgebrachte factuur) wel aangetoond dat de aldus ingeschatte prijzen realistisch en marktconform waren. De enige reden waarom niet exact dezelfde prijzen werden toegepast als in de aangeleverde voorbeelden, was het verschil in kwaliteit van het zand, wat zich vertaald heeft in een bijstelling van de prijs naar beneden. Er was geen enkele reden voor de verwerende partij om aan die bijstelling te twijfelen.

De verzoekende partijen wijzen erop dat de prijsverantwoording volgens artikel 36, § 2, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 verband kan houden met de doelmatigheid van het productieproces en met de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren bij de uitvoering van de werken. Zij voeren aan dat zij precies op dergelijke omstandigheden hebben gewezen, namelijk de unieke positie van de bv Boskalis Nederland. Deze beschikt over een eigen zandbedrijf en is in staat om het ontgraven zand hetzij zelf af te nemen, hetzij te vermarkten, hetzij zelf op te slaan. Die unieke positie heeft tot gevolg dat de waarde van het zand specifiek voor de verzoekende partijen hoger

was, omwille van de toepassing ervan op eigen projecten, en dat die hoge aanwendingswaarde kon bestaan in een negatieve prijs.

De verzoekende partijen benadrukken dat zij de prijzen van de bv Boskalis Nederland voor de verkoop en de winning van het zand hebben verantwoord door het bijvoegen van een leverantiecontract. Dat contract voorzag in een prijs voor een gelijkaardige zandafzet. Die prijs is bij uitstek een voorbeeld van een marktconforme prijs. De herleiding die de verzoekende partijen daarop hebben toegepast voor het zand uit Zandvliet, is al evenzeer marktconform: zij vertrekt van een marktconforme prijs en is enkel bijgesteld op grond van een inschatting van de bijzonderheden van de voorliggende opdracht.

De verzoekende partijen merken op dat de verwerende partij in de bestreden beslissing of het gunningsverslag helemaal niet uitlegt wat zij nog méér hadden kunnen bijbrengen om inzicht te geven in de marktconformiteit van hun prijzen. Blijkbaar acht de verwerende partij de marktpositie van partner Boskalis Nederland, de gangbare prijzen op de Nederlandse markt, het voorbeeld van een leverantiecontract, de eigen kennis en ervaring van de verzoekende partijen en de bijzonder gunstige omstandigheid dat de bv Boskalis Nederland het vrijgekomen zand zelf kan aanwenden, niet voldoende als prijsverantwoording. Het is echter kennelijk onredelijk en disproportioneel om nog meer te verwachten van een inschrijver.

76.3. De verzoekende partijen voeren aan, ten derde, dat er nog een bijkomend gegeven voorhanden is, namelijk de werking van de Nederlandse markt waarbinnen de bv Boskalis Nederland opereert.

Zij hebben in hun prijsverantwoordingen duidelijk gemaakt dat het zand zou worden afgevoerd naar de eigen zandhandel van de bv Boskalis Nederland in Rotterdam. Met de afvoer naar Nederland en met de daar geldende marktprijzen heeft de verwerende partij echter geen rekening gehouden. De verzoekende partijen verwijzen in dit verband naar het arrest van het Hof van Justitie van 15 mei 2008, SECAP en Santorso, C-147/06 en C-148/06, EU:C:2008:277, waarin het Hof oordeelde dat de aanbestedende dienst expliciet

rekening dient te houden met de kostenniveaus die in andere lidstaten worden gehanteerd en zij dus niet slechts mag toetsen aan nationale of lokale kostenniveaus.

Met name heeft de verwerende partij de door de verzoekende partijen opgegeven negatieve prijzen niet afgetoetst aan de op de Nederlandse markt toepasselijke kostenniveaus of parameters, ter beoordeling van de marktconformiteit van de opgegeven prijzen op de Nederlandse markt. Uit de bestreden beslissing of het gunningsverslag blijkt niet dat de verwerende partij rekening heeft gehouden met het grensoverschrijdend karakter van de opdracht – dat er onmiskenbaar was, gelet onder meer op de waarde van de opdracht en de locatie van uitvoering (op een boogscheut van de Nederlandse grens) – en met de invloed daarvan op de verschillen in prijszetting tussen de participerende inschrijvers. De verzoekende partijen menen dat het prijsonderzoek hierdoor niet enkel intrinsiek onwettig is, maar ook discriminerend ten aanzien van hen - een tijdelijke maatschap waarvan één van de partners een buitenlandse onderneming is.

In dit verband verzoeken zij de Raad van State om aan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag te stellen over de uitlegging van artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU, meer bepaald over de verenigbaarheid met die bepaling van een werkwijze waarbij een in België gevestigde aanbestedende overheid een inschrijver weert wegens prijsposten die een “nulprijs” inhouden, “zonder de op de Nederlandse markt gangbare kostenniveaus te betrekken in de beoordeling van de prijsverantwoording”.

76.4. De verzoekende partijen voeren ook aan, ten vierde, dat het wantrouwen van de verwerende partij tegenover de prijzen voor de posten 2 en 3 “louter en alleen is voortgevloeid uit het feit dat het negatieve prijzen waren”.

Zij voeren aan dat negatieve prijzen echter niet automatisch als verdacht mogen worden aangemerkt. In dit verband verwijzen zij naar het arrest van het Hof van Justitie van 10 september 2020, *Tax-Fin-Lex*, C-367/19, EU:C:2020:685, waarin het Hof heeft geoordeeld dat een prijs van nul euro – volledig te assimileren met een negatieve prijs – niet beschouwd mag worden als

ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.259.685 XII-9189-81/104

een abnormaal lage prijs als de betrokken inschrijver concrete elementen aanlevert ter onderbouwing van die prijs en hij kan aantonen dat die prijs geen gevolgen zal hebben voor de correcte uitvoering van de opdracht.

Volgens de verzoekende partijen is het exact dát wat zij in hun prijsverantwoording hebben aangetoond, namelijk dat de negatieve prijszetting voor de posten 2 en 3 volledig te verklaren valt en dat er daardoor geen negatieve gevolgen voor de correcte uitvoering van de opdracht gevreesd moeten worden. Wanneer een inschrijver aantoont dat er voldoende redenen zijn om niet te twifelen aan de betrouwbaarheid van zijn offerte, kan de aanbestedende overheid niet onder allerlei voorwendsels blijven doen alsof er nog langer abnormale prijzen zouden voorliggen.

Bovendien maakt een negatieve prijszetting te dezen uitsluitend in hoofde van de verzoekende partijen een risico uit, en niet in hoofde van de verwerende partij, in die zin dat aan de prijszetting geen enkel risico op niet-uitvoering of slechte uitvoering van de opdracht gekoppeld kan worden. De betrokken negatieve posten hebben immers enkel betrekking op de afzet van het uitgegraven zand, hetgeen geen enkele invloed zou kunnen hebben op de correcte uitvoering van het werkelijk voorwerp van de opdracht, zijnde de aanleg van het wachtdok en alle daaraan gerelateerde handelingen.

76.5. De verzoekende partijen voeren ten slotte aan, ten vijfde, dat artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU enkel betrekking heeft op de totaalprijs van de offerte en op de eis om uitlegging te vragen over die totaalprijs. Zij hebben die uitlegging verstrekt, maar de verwerende partij heeft die enkel betrokken op de betrokken prijsposten, met complete uitsluiting van hun totaalprijs. Het prijsonderzoek is dus gevoerd in strijd met het voornoemde artikel 69.

In dit verband verzoeken de verzoekende partijen de Raad van State om in de prejudiciële vraag over de uitlegging van artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU (zie overweging 76.3, hiervoor), het Hof van Justitie ook te ondervragen over de verenigbaarheid met die bepaling van een werkwijze waarbij

de aanbestedende overheid de beoordeling van de prijsverantwoording niet betreft op de totale offerteprijs.

77. In hun memorie van wederantwoord repliceren de verzoekende partijen op het verweer van de verwerende partij. Zij merken op dat dit hele verweer neerkomt op “één grote substitutie van motieven”, en wijzen daarvoor op specifieke argumenten van de verwerende partij die zij niet kunnen terugvinden in het gunningsverslag. Volgens hen toont het uitvoerige betoog van de verwerende partij in de memorie van antwoord aan dat de motivering in het gunningsverslag veel te beperkt was. In die omstandigheden noemen de verzoekende partijen het ook frustrerend om vast te stellen dat de verwerende partij beweert dat zij in hun verzoekschrift zelf “bijkomende uitleg (lees: prijsverantwoording)” zouden hebben gegeven, zeggend omdat zij wisten dat hun tweede prijsverantwoording niet volstond. Die bewering maakt niet veel indruk “wanneer de verwerende partij zelf niet anders doet dan de twee zinnen motivering die staan opgenomen in haar gunningsverslag ‘[aan te dikken]’ en [te] hineininterpretieren”.

De verzoekende partijen stellen vast dat de verwerende partij slechts bij één aspect van hun verzoekschrift opmerkt dat dit helemaal niet in de prijsverantwoording zou hebben gestaan, namelijk hun verwijzing naar “de in Nederland publiekelijk beschikbare bronnen” (terwijl het voor zich spreekt dat een Nederlandse partner bij zijn prijszetting zal gebruikmaken van de bronnen die in zijn eigen land beschikbaar zijn). De verwerende partij maakt die opmerking niet bij de andere elementen waarvan de verzoekende partijen hebben aangevoerd dat zij deze over het hoofd heeft gezien of in het gunningsverslag niet beoordeeld heeft, zoals bijvoorbeeld “de positie van partner Boskalis binnen de Nederlandse markt, het feit dat het zand zal aangewend worden in eigen projecten (wat meteen ook aantoont dat een negatieve prijszetting perfect normaal is), de eigen inschatting van verzoekende partijen m.b.t. de kwaliteit van het zand (die niet betwist wordt door verwerende partij) op grond waarvan zij via een vergelijkbaar leverantiecontract een prijs hebben kunnen voorstellen, etc”.

In verband met het verweer van de verwerende partij volgens hetwelk de verzoekende partijen geen voldoende concrete en onderbouwde

prijsverantwoording hebben gegeven, herinneren de verzoekende partijen eraan dat zij onder meer een leverantiecontract hebben voorgelegd. Er kan niet gezegd worden, zoals de verwerende partij doet, dat het project waarop dat contract sloeg niet vergelijkbaar zou zijn met de voorliggende opdracht. Om te beginnen blijkt uit het gunningsverslag niet dat de verwerende partij effectief een vergelijking tussen beide projecten heeft uitgevoerd. In werkelijkheid zijn de beide projecten zeer vergelijkbaar. Het ging bij de beide projecten om zeer grote hoeveelheden af te voeren zand (80.000 m³ in het project van het leverantiecontract, 300.000 m³ in de voorliggende opdracht). Het leverantiecontract had voorts betrekking op maaszand, dat zeer goed vergelijkbaar is met het zand van Zandvliet, omdat het betreffende referentieproject in de benedenloop ligt van de Maas en dus eenzelfde zandkarakteristiek (zeer fijn zand) heeft. De prijs bepaald in het leverantiecontract was dan ook een valabel referentie- of vertrekpunt. In zoverre de verzoekende partijen de prijs van het leverantiecontract vervolgens hebben bijgesteld ingevolge de lagere kwaliteit van het zand uit Zandvliet, stellen zij vast dat de verwerende partij hun beoordeling van die kwaliteit (“lemig zand met een kleinere en meer wisselende korreldiameter”) niet betwist. De verzoekende partijen achten het ten slotte “kennelijk onredelijk van een aanbestedende overheid om te verwachten dat inschrijvers hun prijszetting alleen maar kunnen doen op grond van andere opdrachten die bijna exact dezelfde zijn als de voorliggende opdracht (zelfde locatie, zelfde hoeveelheid zand, zelfde type zand etc etc), om de eenvoudige reden dat een inschrijver maar zeer zelden twee nagenoeg dezelfde projecten uitvoert”.

In verband met de grief dat de verwerende partij geen rekening heeft gehouden met het feit dat het zand afgevoerd zou worden naar de eigen zandhandel van de bv Boskalis Nederland in Rotterdam, noch met de daar geldende marktprijzen, merken de verzoekende partijen op dat de verwerende partij in haar repliek op dit argument niet verdergaat dan de bewering dat zij proberen de bewijslast om te keren. De verwerende partij heeft effectief geen rekening gehouden met de werking van de buitenlandse markt bij de beoordeling van hun prijsverantwoording. Zij heeft de door hen opgegeven prijs “klaarblijkelijk alleen beoordeeld vanuit ‘Vlaamse’ of hooguit ‘Belgische standaarden’ en heeft geen rekening willen houden met de unieke positie van verzoekende partijen met één partner actief op de Nederlandse markt”.

Wat dat laatste betreft, benadrukken de verzoekende partijen nogmaals dat hun partner Boskalis Nederland, zoals de verwerende partij eenvoudig had kunnen nagaan op de website van die partner, “zowel de grootste leverancier is van zand op de Nederlandse markt en jaarlijks via haar zandhandel tussen de 3 en 5 miljoen m³ zand wint en verkoopt, als leverancier is van zand aan de eigen projecten”. “Door die unieke combinatie heeft partner Boskalis zich een bijzondere commerciële positie verworven, waarbij vrijkomend zand (naar keuze van Boskalis) kan gebruikt worden op eigen werken, verhandeld worden of opgeslagen worden (stockeren).” Het is die unieke commerciële positie die heeft geleid tot een voor de verwerende partij zeer aantrekkelijke en allerm minst abnormale prijs, die ten onrechte tegen de verzoekende partijen werd gebruikt.

78. In hun laatste memorie blijven de verzoekende partijen erbij dat de door hen in de prijsverantwoording opgeworpen kwesties geen antwoord kregen in het gunningsverslag. Aldus heeft er geen zorgvuldige beoordeling plaatsgevonden. Er zou niet geconcludeerd kunnen worden dat de verwerende partij de prijsverantwoording wettig heeft verworpen op grond van een “te beperkte toelichting, staving of becijfering [ervan]”, als een dergelijke conclusie gesteund zou zijn op overwegingen die niet terug te vinden zijn in de motieven van het gunningsverslag.

De verzoekende partijen herhalen dat zij zich in hun prijsverantwoording helemaal niet beperkt hebben tot algemeenheden en niet-onderbouwde gevolgtrekkingen.

Zij herhalen ook dat uit de bestreden beslissing of het gunningsverslag niet blijkt dat de verwerende partij rekening heeft gehouden met het grensoverschrijdend karakter van de opdracht en met de invloed daarvan op de verschillen in prijszetting tussen de participerende inschrijvers. De door de verzoekende partijen ingeroepen verantwoording van de negatieve kost voor zanddepositie mocht niet automatisch worden verworpen zonder pertinent onderzoek naar die negatieve kost op de Nederlandse markt. De verwerende partij heeft echter alleen rekening gehouden met exclusief nationale data en zij kon de

door de verzoekende partijen gehanteerde kostenniveaus daarmee niet vereenzelvigen, “wat zij dan maar heeft weggemotiveerd alsof verzoekende partijen zagezegd geen verdere detaillering of argumentatie zouden hebben aangereikt”.

Zij blijven er ook bij dat de vaststelling van de abnormaliteit van de eenheidsprijzen, los van de totaalprijs, in strijd is met een correct prijsonderzoek in de zin van artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU.

Beoordeling

79. Artikel 36, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt als volgt:

“§ 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. [...]

[...]

De verantwoording houdt met name verband met :

1° de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;

2° de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten;

3° de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;

4° de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver.

[...]

§ 3. De aanbestedende overheid beoordeelt de ontvangen verantwoordingen en :

1° stelt ofwel vast dat het bedrag van een 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.

[...].”

80. Alvorens in te gaan op de specifieke grieven van de verzoekende partijen, past het eraan te herinneren dat een vraag tot prijsverantwoording als bedoeld in artikel 36, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 een ernstige aangelegenheid is, waarbij de om een prijsverantwoording gevraagde inschrijver op een overheidsopdracht dient te weten dat hij het risico loopt dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard. Hij mag zich niet beperken tot vaagheden en algemeenheden, maar dient zijn abnormaal laag of hoog lijkende prijs specifiek, concreet onderbouwd en zo volledig mogelijk gestaafd te verantwoorden. De bewijslast inzake de normaliteit van een abnormaal lijkende prijs ligt bij de betrokken inschrijver.

Een aanbestedende overheid beschikt bij het beoordelen van een prijsverantwoording in beginsel over een beoordelingsruimte om de gegeven prijsverantwoording al dan niet te aanvaarden. Het komt niet aan de Raad van State toe om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van deze van de aanbestedende overheid. In de uitoefening van het hem opgedragen rechtmatigheidstoezicht kan de Raad van State desgevraagd wel nagaan of de beoordeling door die overheid berust op voldoende veruitwendigde en in feite en in rechte draagkrachtige motieven, of die motieven na een zorgvuldig onderzoek van het dossier tot stand zijn gekomen, en of de overheid binnen de perken van haar beoordelingsruimte is gebleven.

81. De prijsbevraging door de verwerende partij en de prijsverantwoording door de verzoekende partijen zijn hiervoor weergegeven (overweging 61).

In het gunningsverslag worden de redenen opgegeven waarom de verwerende partij de prijsverantwoording niet aanvaardt:

“Het bijgevoegde leverantiecontract, dat bij wijze van voorbeeld werd meegestuurd, handelt over de verkoop van een partij van 80.000 m³ maaszand. De waarde ervan wordt bepaald op 6,5 EUR/m³. Voor het project te Zandvliet gaat het om bijna 300.000 m³ en werd deze prijs omwille van ‘een mindere kwaliteit ... naar beneden ... bijgesteld.’ Naar

4,00 resp 5,00 EUR voor grond afkomstig uit de paaipplaats enerzijds en uit het dok anderzijds, zonder verdere detaillering of argumentatie. De inschrijver stelt dat deze prijs werd bepaald ‘op basis van het door [de] opdrachtgever aangeleverde grondonderzoek’ en dus expliciet niet op basis van ‘eigen boringen en bevindingen’ wat nochtans in het bestek vereist wordt. Het bestek stelt bovendien [dat] ‘het grondmechanisch onderzoek tot doel had om de in de rapporten genoemde grondmechanische karakteristieken te onderzoeken en dat bijgevolg de aanbestedende overheid geen enkele waarborg geeft over interpretaties voor andere grondmechanische problemen’.”

82. In verband met de eerste grief kan verwezen worden naar het onderzoek van het vierde middel. Daaruit is gebleken dat de prijsverantwoording voor de posten 2 en 3 van het voorwaardelijk gedeelte 1 verworpen is omwille van een gebrek aan detaillering of argumentatie inzake de prijszetting van het zand afkomstig van Zandvliet op basis van een prijs die de verzoekende partijen in Nederland voor een partij maaszand betaald hebben. Voorts was de verwerende partij van oordeel dat de omstandigheid dat de verzoekende partijen steunden op het aangeleverde grondmechanisch onderzoek, geen voldoende verantwoording bood voor de vaststelling van de kwaliteit van het zand uit Zandvliet en van de daarmee verbonden prijszetting voor de afzet ervan (overweging 73, hiervoor).

Hieruit volgt dat de vier “correlaties” waarover de verzoekende partijen het thans hebben (overweging 76.1, hiervoor), en in het bijzonder de verwijzing naar hun ervaring en knowhow, voor de verwerende partij inderdaad niet volstaan om het vermoeden van abnormale prijs te weerleggen. Dat gebeurt echter niet omdat de verzoekende partijen rekening gehouden hebben met de door de verwerende partij aangeleverde grondonderzoeken, maar eenvoudig omdat hun verantwoording voor de bijstelling van de prijs niet nader gedetailleerd of geargumenteed is.

In dit opzicht steunt het middel op een verkeerde lezing van het gunningsverslag en mist het dus feitelijke grondslag.

83. De tweede grief komt in essentie erop neer dat het oordeel van de verwerende partij volgens hetwelk de prijsverantwoording van de verzoekende

partijen niet voldoende gedetailleerd en geargumenteed is, kennelijk onredelijk en disproportioneel is.

83.1. De verzoekende partijen geven toe dat zij ter verantwoording van hun prijszetting voor de posten 2 en 3 geen andere mathematische onderbouwing hebben gegeven dan de verwijzing naar de prijs die voor de levering van maaszand was overeengekomen in het door hen voorgelegde leverantiecontract en naar de prijzen die voorkomen op een factuur die zij op 18 januari 2022, nadat het gunningsverslag reeds was opgesteld, nog hebben meegedeeld. In hun prijsverantwoording van 19 december 2021 hebben zij wel gewezen op de positie die de bv Boskalis Nederland inneemt als leverancier van zand op de Nederlandse markt, en op het feit dat deze partner het zand dat zou vrijkomen bij het baggeren van het wachtdok bij voorkeur zou inzetten voor een eigen project. Voorts verklaarden zij de waarde van dat zand te hebben ingeschat op basis, enerzijds, van het door de verwerende partij aangeleverde grondonderzoek, en anderzijds, van de prijs in het voornoemde leverantiecontract.

In hun verzoekschrift en hun memories lichten zij verder toe dat de bv Boskalis Nederland, door haar “unieke positie”, kan profiteren van uitzonderlijk gunstige omstandigheden, die haar namelijk toelaten om het ontgraven zand zelf af te nemen, te vermarkten of op te slaan. Zij lichten ook toe dat het zand dat het voorwerp vormde van het leverantiecontract vergelijkbaar was met het zand in Zandvliet. Voor het overige benadrukken zij hun kennis en ervaring. De Raad van State merkt op dat al die preciseringen niet voorkwamen in de prijsverantwoordingen van 12 en 19 december 2021.

83.2. Om te beoordelen of de verwerende partij in redelijkheid tot de conclusie kon komen dat de door de verzoekende partijen gegeven prijsverantwoording niet volstond om het vermoeden van abnormale prijs te weerleggen, moet rekening gehouden worden met het belang van de twee betrokken posten voor de totaalprijs aangeboden door de verzoekende partijen. In het gunningsverslag wordt vastgesteld dat het, “zeker wat post 3 betreft, om zéér belangrijke posten [gaat]”. Gemiddeld vertegenwoordigt de prijs voor die ene post 23 % van de totale offerteprijs. Bij de verzoekende partijen vertegenwoordigt die

prijs, door de minprijs die voor een onderdeel ervan wordt opgegeven, slechts 5 % van hun totaalprijs. Er wordt voorts vastgesteld dat, “mocht de inschrijvingsprijs voor [de posten 3 en 4] op het gemiddelde peil liggen, [...] de totale offerte van [de verzoekende partijen] ongeveer 3.000.000 EUR duurder [zou worden]. Het is duidelijk dat deze [inschrijvers] laagst [scoren] in de totaliteit omwille van de zeer lage inschrijvingsprijs op post 3 (en bij uitbreiding op posten 1, 2 en 4)”. Het is dan ook terecht dat de verwerende partij, toen zij op 15 december 2021 een verdere prijsverantwoording vroeg, erop wees dat de minprijzen een “cruciaal element” vormden. Dat gegeven, tezamen met de opmerking van de verwerende partij dat die minprijzen tot dan “niet verder [...] onderbouwd” waren, moest de verzoekende partijen des te meer ertoe aanzetten om een bijkomende verantwoording te geven die concreet en onderbouwd was.

In zoverre de verzoekende partijen in hun bijkomende prijsverantwoording van 19 december 2021 wezen op de positie van de bv Boskalis Nederland als leverancier van zand op de Nederlandse markt, op de intentie om het vrijgekomen zand toe te passen in een van haar eigen projecten, en op de prijs die in Nederland voor maaszand werd betaald, worden die gegevens in het gunningsverslag niet betwist. Dat geldt evenmin voor de ervaring en de knowhow die impliciet werden aangevoerd, in het bijzonder wanneer de verzoekende partijen het hadden over hun inschatting van de waarde van het zand in Zandvliet.

Al die gegevens blijken voor de verwerende partij echter niet te volstaan om de concrete minprijzen voor het afvoeren van het zand bedoeld in de posten 2 en 3 te verantwoorden. Zij is van oordeel dat er geen “verdere detaillering of argumentatie” is in verband met het bijstellen van de prijs die in Nederland voor maaszand betaald is naar de prijs die de bv Boskalis Nederland zal kunnen aanrekenen voor het gebruik in haar projecten van het zand uit Zandvliet.

83.3. Dat oordeel komt de Raad van State niet als kennelijk onredelijk voor. Het waren de specifieke minprijzen, van respectievelijk 4 en 5 euro per m³, waarvoor de verzoekende partijen een prijsverantwoording moesten geven. Gelet op het belang van de twee betrokken posten voor de totaalprijs van de offerte, was

een zo concreet en precies mogelijke verantwoording vereist. De door de verzoekende partijen aangebrachte elementen konden door de verwerende partij beschouwd worden als te vaag en te algemeen. De omstandigheid dat de verzoekende partijen vertrokken van een concrete prijs die in Nederland betaald werd voor maaszand, doet hieraan geen afbreuk. Het is immers de prijs van het zand afkomstig van Zandvliet die verantwoord moest worden. In verband met de kwaliteit van dat zand beperkten de verzoekende partijen zich ertoe aan te geven dat het van “mindere kwaliteit” was, omwille van de kenmerken van lemig zand (kleinere en meer wisselende korreldiameter). Voor het overige bevatte hun prijsverantwoording geen nadere uitleg over de vergelijkbaarheid van het maaszand en het zand in Zandvliet, en evenmin over de criteria die zij hadden toegepast om de prijs van het maaszand bij te stellen tot de bedragen die zij hebben opgegeven.

In het licht van de beperkte toelichting die de verzoekende partijen in hun prijsverantwoording gegeven hadden, kon de verwerende partij dan ook wettig van oordeel zijn, zonder haar beoordelingsruimte te buiten te gaan, dat “ondanks herhaalde vraag”, de verzoekende partijen “geen inzicht [geven] in cruciale elementen van de prijsopbouw van de eenheidsprijzen voor 2 zeer belangrijke posten uit de opdracht”, en kon zij besluiten “dat het vermoeden van abnormale prijs [niet] wordt weerlegd”.

De grief kan derhalve niet aangenomen worden.

84. In hun derde grief gaan de verzoekende partijen ervan uit dat de verwerende partij geen rekening gehouden heeft met het grensoverschrijdend karakter van de opdracht, en met name niet met het feit dat het zand uit Zandvliet zou worden afgevoerd naar Nederland. Daardoor zou zij de opgegeven negatieve prijzen voor de posten 2 en 3 ook niet afgetoetst hebben aan de op de Nederlandse markt geldende prijzen.

84.1. In het gunningsverslag wordt niet betwist dat voor het maaszand in Nederland een prijs van 6,50 euro per m³ betaald werd, noch dat het zand afkomstig van het project in Zandvliet aangewend zou worden in projecten van de

bv Boskalis Nederland in Nederland. Zoals de verwerende partij evenwel terecht aanvoert, hebben de verzoekende partijen in hun prijsverantwoording geen concreet inzicht gegeven in de prijs die zij voor het betrokken zand op de Nederlandse markt zouden kunnen aanrekenen. Zij hebben, zoals hiervoor is aangegeven (overweging 83.3), niet uitgelegd wat het kwaliteitsverschil is tussen het maaszand en het zand uit Zandvliet, noch hoe zij de prijs voor het maaszand hebben bijgesteld naar prijzen voor het zand uit Zandvliet.

Het zijn de verzoekende partijen op wie de bewijslast rustte voor de verantwoording van hun prijzen. De Raad van State stelt vast dat zij te dezen in hun prijsverantwoording niet de aandacht hebben gevestigd, zoals zij thans doen, op aspecten van de Nederlandse markt die te onderscheiden zouden zijn van de Belgische markt, waarmee de verwerende partij dan rekening had moeten houden. In die omstandigheden kan aan de verwerende partij niet verweten worden dat zij, na nota te hebben genomen van een in Nederland betaalde prijs voor maaszand, de opgegeven minprijzen niet nader heeft afgetoetst aan de op de Nederlandse markt geldende prijzen voor zand als dat van Zandvliet.

De Raad van State merkt overigens op dat ook in de procedure die voor hem gevoerd is, de verzoekende partijen niet preciseren waarin het verschil zou bestaan tussen de prijzen voor de afzet van het zand uit Zandvliet in België en de prijzen voor de afzet van dat zand of vergelijkbaar zand in Nederland door een onderneming als de bv Boskalis Nederland.

84.2. Van enige discriminatie van in Nederland gevestigde ondernemingen is geen sprake. De verzoekende partijen, inbegrepen hun in Nederland gevestigde partner, zijn op dezelfde manier behandeld als de in België gevestigde ondernemingen. De prijsverantwoordingen zijn aan dezelfde criteria getoetst. De minprijzen voor de posten 2 en 3 zijn niet aanvaard omdat de verantwoording daarvoor onvoldoende werd geacht. Net zoals in voorkomend geval van in België gevestigde ondernemingen verwacht zou worden, diende de bv Boskalis Nederland, als Nederlandse onderneming, actief op de Nederlandse markt, een gedetailleerde verantwoording te geven van de prijzen die zij voor het zand in Nederland zou kunnen aanrekenen.

De grief ter zake van de verzoekende partijen heeft betrekking op de wijze waarop de verwerende partij hen in de voorliggende zaak heeft behandeld. Zoals hiervoor al is opgemerkt, kan aan het Hof van Justitie niet gevraagd worden of de in een bepaalde zaak gevolgde procedure al dan niet in overeenstemming is met de vereisten van het Unierecht. Er is dan ook geen reden om aan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag te stellen in verband met het niet betrekken van de “op de Nederlandse markt gangbare kostenniveaus” in de beoordeling van de prijsverantwoording.

84.3. De grief kan niet aangenomen worden.

85. In de vierde grief gaan de verzoekende partijen ervan uit dat de verwerende partij *a priori* afkerig staat tegenover negatieve prijzen. Zij voeren aan dat negatieve prijzen niet als abnormaal beschouwd mogen worden als er geen risico is voor een goede uitvoering van de opdracht.

De Raad van State herinnert eraan dat ook het voeren van een prijsonderzoek bij negatieve prijzen strookt met het doel van de regeling inzake de controle op abnormale prijzen. Dat doel is tweeledig: enerzijds, de bescherming van de aanbestedende dienst, door hem in staat te stellen zich ervan te vergewissen dat de door de inschrijvers geboden prijs het werkelijk mogelijk maakt om te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit het bijzonder bestek en elke speculatie ten koste van de fundamentele belangen van de aanbestedende dienst en de overheidsgelden uit te sluiten; anderzijds, de bescherming van de vereisten van een gezonde mededinging, door te vermijden dat de aanbestedende dienst gedragingen zou goedkeuren die in strijd zijn met een gezonde mededinging en dat overheidsopdrachten uiteindelijk gegund zouden worden aan inschrijvers die spotprijzen hebben ingediend en die daardoor het normale spel van de mededinging hebben verstoord. Een abnormaal “negatieve” prijs houdt evenzeer het risico in dat de inschrijver de opdracht niet op een rendabele wijze kan uitvoeren en dat hij zal kiezen voor een zo goedkoop mogelijke en eventueel zelfs een niet-besteksconforme uitvoeringswijze. Voorts geldt ook bij een negatieve prijs de regel dat een offerte substantieel onregelmatig is wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden of tot concurrentievervalsing te leiden (artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017).

Het is in die context dat negatieve prijzen, die de totaalprijs omlaag halen, beoordeeld moeten worden. Het staat aan de aanbestedende overheid om te onderzoeken of de offerte voldoende betrouwbaar is en of de voorgestelde minprijzen geen gevolgen hebben voor de correcte uitvoering van de opdracht.

Dit is wat de verwerende partij te dezen gedaan heeft. Zij heeft de prijsverantwoording beoordeeld, en is tot de conclusie gekomen dat de negatieve prijzen voor bepaalde onderdelen van de posten 2 en 3, namelijk die welke verband houden met de afvoer van de uitgegraven grond, onvoldoende verantwoord werden. Zoals hiervoor is aangegeven, is de verwerende partij met die beoordeling niet buiten de haar toekomende beoordelingsruimte getreden (overweging 83.3).

Het middel, dat bij deze grief uitgaat van een niet bewezen veronderstelling, mist in dit opzicht feitelijke grondslag.

86. Volgens de vijfde grief zou uit artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU voortvloeien dat een prijsonderzoek betrekking moet hebben op de totaalprijs. De verwerende partij zou de verzoekende partijen enkel bevraagd hebben over bepaalde prijsposten, en geen aandacht hebben voor hun totaalprijs.

86.1. Artikel 69, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU bepaalt dat “de aanbestedende dienst [...] ondernemers ertoe [verplicht] de in de inschrijving voorgestelde prijs of kosten [“le prix ou les coûts proposés”, “the price or costs proposed”] nader toe te lichten wanneer de inschrijving in verhouding tot de werken, leveringen of diensten abnormaal laag lijkt te zijn”. Uit die bepaling kan niet afgeleid worden dat de prijsbevraging enkel op de totaalprijs betrekking zou mogen hebben, of dat de beoordeling van de prijzen voor bepaalde posten uitdrukkelijk betrokken zou moeten worden op de totaalprijs. Eenmaal vastgesteld is dat een bepaalde eenheidsprijs een niet-verwaarloosbare impact heeft op de totaalprijs, kan hij voor een prijsbevraging in aanmerking komen.

De verzoekende partijen brengen geen enkel argument aan om aan die interpretatie te doen twijfelen. Er is dan ook geen reden om het Hof van Justitie te ondervragen over het voorwerp van een prijsonderzoek.

86.2. Te dezen heeft de verwerende partij geoordeeld dat de posten 2 en 3 van het voorwaardelijk gedeelte 1 “zeer belangrijk” zijn in verhouding tot de totale offerteprijs. Zij heeft de verzoekende partijen vervolgens over die posten bevraagd. Nadat zij geconcludeerd heeft dat de door de verzoekende partijen gegeven prijsverantwoording onvoldoende was, heeft zij de prijzen voor die posten abnormaal laag verklaard.

Die conclusie volstond om te besluiten dat de offerte van de verzoekende partijen onregelmatig was. Anders dan de verzoekende partijen aanvoeren, was het niet nodig om apart en uitdrukkelijk in te gaan op de normaliteit van de totaalprijs.

86.3. De grief, die uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting, faalt naar recht.

87. Het middel in zijn geheel kan niet worden aangenomen.

F. Zesde middel

Uiteenzetting van het middel

88. In een zesde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 81, 83 en 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 35, 36 en 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, “geïnterpreteerd conform artikel 69 van [...] Richtlijn 2014/24/EU”, het mededingingsbeginsel, het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers, het proportionaliteitsbeginsel, het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

Zij verwijzen naar de opmerking van de Raad van State in het arrest van 15 maart 2022, nr. 253.218, gewezen in onderhavige zaak in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, volgens welke “de gekozen inschrijvers op grond van hun vertrouwelijk bijgebrachte stukken hebben aangetoond dat zij hun prijszetting hebben gedaan op grond van eigen boringen en bevindingen” (overweging 7.5.1). Zij verwijzen ook naar de uitvoerige onderzoeksrapporten en technische verslagen die vermeld zijn in het bestek. Zij zijn van oordeel dat het eenvoudig onmogelijk is om binnen het korte tijdsbestek voor de indiening van de offertes (een zestal weken) een dergelijk technisch onderzoek uit te voeren. De eigen boringen van de gekozen inschrijver moeten dan ook gelijkgesteld worden met een gebrek aan deugdelijke of nuttige boringen. Het staat bovendien niet vast dat de overige inschrijvers effectief eigen boringen zouden hebben uitgevoerd met het oog op het bepalen van hun prijszetting.

De verzoekende partijen stellen vast dat de stukken in verband met de eigen boringen uitgevoerd door de gekozen inschrijver zich niet in het administratief dossier bevinden. Zij vorderen dat die alsnog bij het dossier gevoegd worden. Indien dat niet gebeurt, moet toepassing gemaakt worden van artikel 21, derde lid, van de wetten op de Raad van State, dit wil zeggen dat de door de verzoekende partijen aangehaalde feiten als bewezen worden beschouwd.

De verzoekende partijen voeren voorts aan dat de verwerende partij de offertes niet gelijk, met dezelfde gestrengheid, heeft beoordeeld. In de veronderstelling dat de verwerende partij wettig kon beslissen om hun prijzen inzake afzet van het zand, die waren vastgesteld aan de hand van het grondmechanisch onderzoek dat zij ter beschikking had gesteld, niet te aanvaarden, dan had zij niet enkel de offerte van de verzoekende partijen moeten weren, maar ook alle andere offertes. Die andere offertes waren immers onvermijdelijk evenzeer gesteund, hetzij op de in het bestek opgelijste grondmechanische onderzoeken, hetzij op eigen boringen die echter onmogelijk representatief voor het hele projectgebied of gelijkwaardig aan de voornoemde onderzoeken konden zijn.

De verzoekende partijen voeren ten slotte aan dat, in zoverre de verwerende partij ervan uitgaat dat hun prijszetting, aan de hand van de resultaten van het grondmechanisch onderzoek, strijdig zou zijn met het bestek, een dergelijke strijdigheid volgens artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 slechts kan leiden tot de onregelmatigheid van de offerte als blijkt dat het gaat om een bestekbepaling die essentieel is voor de prijszetting. Artikel 76, § 1, derde lid, noemt als gronden voor de substantiële onregelmatigheid van een offerte een discriminerend voordeel, een concurrentievoordeel en de onvergelijkbaarheid van de offertes. Als alle inschrijvers een prijszetting hebben gedaan op grond van de door de aanbestedende overheid voorgelegde studies, dan is er noch discriminatie, noch scheeftrekking van de concurrentie, noch onvergelijkbaarheid van de offertes. Bijgevolg is er dan helemaal geen voor de prijszetting essentiële bestekbepaling, waarop de onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partijen gesteund kon worden.

89. In hun memorie van wederantwoord verduidelijken de verzoekende partijen in de eerste plaats dat het zesde middel subsidiair wordt ingeroepen, “in zoverre in het kader van het derde [lees: vierde] middel zou worden geoordeeld dat de opdrachtdocumenten zo zouden moeten worden geïnterpreteerd dat het uitvoeren van eigen boringen een bestekeis [vormde] voor de prijszetting”.

Zij repliceren voorts op de opwerping van de verwerende partij dat het middel onontvankelijk is bij gebrek aan belang, omdat het gericht zou zijn tegen een overtollig motief. Gelet op de gegronde kritiek die zij in de andere middelen hebben uitgeoefend op het motief in verband met het gebrek aan detaillering en argumentatie in hun prijsverantwoording, kan de hier aangevoerde kritiek inzake de miskennis van het bestek bezwaarlijk nog beschouwd worden als betrekking hebbend op een overtollig motief.

De verzoekende partijen blijven erbij dat er geen voldoende tijd was om én terreinonderzoek én veldwerk én relevante boringen én kwalitatieve technische verslaggeving te doen én op basis daarvan een realistische prijszetting

op te maken. Zelfs indien de gekozen inschrijver eigen boringen zou hebben uitgevoerd, kon hij daarop dus geen correcte of realistische prijszetting steunen.

De verzoekende partijen vinden het voorts “onbegrijpelijk” dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord stelt dat zij geen kwaliteitseisen heeft verbonden aan de boringen, noch het aantal boringen heeft bepaald die uitgevoerd moesten worden. Het opleggen van eigen boringen zonder daaraan eisen inzake kwaliteit en aantal te verbinden, betekent dat die boringen geen adequaat mechanisme zijn om een correcte prijszetting te garanderen, en dat op grond van de daarop steunende prijzen niet gegarandeerd kan worden dat de economisch meest voordelige offerte wordt gekozen. Als de kwaliteit van de eigen boringen irrelevant was, dan is het bovendien kennelijk onredelijk om een prijs van de verzoekende partijen niet te aanvaarden op grond dat die gesteund is op een door de verwerende partij zelf ter beschikking gesteld technisch verslag inzake grondverzet; als het aantal eigen boringen niet relevant was, dan is ook het feit dat er géén boringen zijn uitgevoerd niet relevant.

De verzoekende partijen stellen dat, als het bestek bepaalt dat de opdrachtnemer zijn prijzen “uitsluitend” volgens eigen bevindingen en boringen bepaalt, die bepaling dan een minimale bestekeis betreft. In dat geval moest een bepaalde chronologie in acht genomen worden. Eerst moest de verwerende partij bij alle inschrijvers nagaan of de offerte aan die bestekeis voldeed, dit wil zeggen of hun prijszetting effectief gesteund was op eigen boringen. Het loutere feit dat in het bestek stond voorgeschreven dat een inschrijver door de indiening van een offerte zich ertoe verbond om te handelen in overeenstemming met het bestek, volstond niet om aan te nemen dat elke inschrijver zijn prijszetting ook effectief gesteund had op eigen boringen. Pas na dat eerste onderzoek diende de verwerende partij na te gaan of er al dan niet sprake was van abnormale prijzen.

De verzoekende partijen wijzen er ten slotte op dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord verklaart dat zij niet beschikt over enige informatie met betrekking tot de eigen boringen van de inschrijvers. Daarmee erkent de verwerende partij dat zij het regelmatigheidsonderzoek niet correct en met de vereiste zorgvuldigheid heeft doorgevoerd. Bovendien blijkt uit
ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.259.685

die verklaring dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden, nu de verwerende partij de naleving van de bestekbepaling in verband met de prijszetting op basis van eigen boringen niet heeft nagegaan bij de andere inschrijvers, maar enkel bij de verzoekende partijen.

90. In hun laatste memorie komen de verzoekende partijen terug op hetgeen zij in hun memorie van wederantwoord in verband met hun belang bij het middel hebben opgemerkt. Als zij daarin spraken over de grieven in hun voorgaande middelen tegen het motief inzake het gebrek aan nadere detaillering of argumentatie van hun prijsverantwoording, dan was dat enkel als repliek op de bewering van de verwerende partij dat het motief inzake de eigen boringen een overtollig motief zou zijn. Uit het gunningsverslag blijkt integendeel dat het motief inzake de eigen boringen niet enkel heeft bijgedragen tot de verwerping van hun prijsverantwoording, maar dat het daarvoor zelfs het determinerende motief was.

In verband met de verklaring van de verwerende partij dat zij niet beschikt over enige informatie met betrekking tot de eigen boringen van de inschrijvers, voeren de verzoekende partijen aan dat dit niet wegneemt dat de gekozen inschrijver zelf, in het kader van de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bewijsstukken inzake zijn boringen heeft voorgelegd. Die stukken bevinden zich aldus in het dossier van de rechtspleging, zodat de openbaarmaking ervan bevolen kan worden.

Beoordeling

91. In zoverre de verwerende partij een exceptie van onontvankelijkheid van het middel opwerpt, afgeleid uit het feit dat de verzoekende partijen daarbij geen belang hebben, aangezien het middel gericht zou zijn tegen een overtollig motief, is het niet nodig om hierop in te gaan. Om de hiernavolgende redenen is het middel in elk geval ongegrond.

92. Het middel doet de vraag rijzen of het bestek vereiste dat de inschrijvers voor hun prijszetting eigen boringen uitvoerden.

In de toelichting in het bestek bij artikel 35 van het koninklijk besluit uitvoering (aangehaald in overweging 71, hiervoor) wijst de verwerende partij erop dat bepaalde verslagen in verband met geomechanische onderzoeken raadpleegbaar zijn op de website van DOV. Die verwijzing wordt gevolgd door waarschuwingen in verband met de bewijswaarde van die informatie. Er wordt onder meer bepaald dat, wat het vaststellen van de prijzen betreft, de opdrachtnemer uitsluitend op eigen bevindingen en boringen moet steunen.

Bij het onderzoek van het vierde middel is gebleken dat die laatste bepaling betrekking heeft op de uitvoering van de opdracht, en dat het niet gaat om een vereiste dat bij niet-naleving aanleiding zou kunnen geven tot het onregelmatig verklaren van de offerte (zie overweging 73, hiervoor).

Nu het dus niet gaat om een vereiste als bedoeld in artikel 76, § 1, vierde lid, 3°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, laat staan om een “minimale eis” als bedoeld in die bepaling, was er voor de verwerende partij geen aanleiding om in het bestek nadere kwaliteitseisen te stellen aan de eigen boringen, of om te bepalen hoeveel boringen nodig waren. Evenmin diende zij bij haar onderzoek van de offertes systematisch na te gaan of alle inschrijvers hun prijzen bepaald hadden op grond van eigen boringen.

In zoverre het middel uitgaat van de veronderstelling dat de bedoelde bepaling een minimale bestekeis inhoudt, berust het op een verkeerde lezing van het bestek, en mist het dus feitelijke grondslag.

93. Bij het onderzoek van het vierde middel is ook overwogen dat de verwerende partij op grond van de bedoelde bestekbepaling, ook al hield zij geen vereiste in voor de regelmatigheid van de offerte, toch mocht verwachten dat de inschrijvers hun prijzen zouden bepalen op basis van eigen boringen en bevindingen, en niet louter op basis van de door de verwerende partij aangeleverde grondonderzoeken (overweging 72).

Het middel kan dan ook zo begrepen worden dat daarin wordt aangevoerd dat de verwerende partij die verwachting niet op dezelfde wijze heeft toegepast op alle inschrijvers, zulks ten nadele van de verzoekende partijen.

Die grief dient enkel onderzocht te worden in zoverre zij betrekking heeft op een verschil in behandeling tussen de verzoekende partijen en de gekozen inschrijver. Nu de opdracht niet aan een van de overige inschrijvers gegund werd, hebben de verzoekende partijen geen belang bij het aanvoeren van een grief in verband met een eventueel verschil in behandeling tussen hen en die andere inschrijvers.

94. Zoals de verwerende partij terecht aanvoert, rees de kwestie van de eigen boringen enkel in verband met de offerte van de verzoekende partijen. Het is immers naar aanleiding van de prijsbevraging inzake de posten 2 en 3 van het voorwaardelijk gedeelte 1 dat de verzoekende partijen in hun verantwoording verklaarden dat zij de waarde van het af te zetten zand hadden ingeschat op basis van de door de verwerende partij aangeleverde grondonderzoeken. Bij de beoordeling van die verantwoording wordt dan in het gunningsverslag opgemerkt dat de verzoekende partijen de bedoelde waarde niet hebben ingeschat op basis van “eigen boringen en bevindingen”, zoals nochtans “vereist” in het bestek. Zoals is overwogen bij het onderzoek van het vierde middel, dient die opmerking tot verdere uitwerking van de eerdere opmerking dat de prijsverantwoording door de verzoekende partijen niet voldoende gedetailleerd en geargumenteed is (overweging 73).

Uit het door de verwerende partij uitgevoerde algemeen onderzoek van de prijzen van de gekozen inschrijver, zoals dat blijkt uit de vertrouwelijke stukken die de Raad van State heeft kunnen inzien, kwam niet naar voor dat diens prijzen voor de afvoer van het zand uit Zandvliet abnormaal leken. Er was voor de verwerende partij dan ook geen aanleiding om hem te bevragen over de wijze waarop hij die prijzen bepaald had. Dit verklaart waarom de kwestie van eigen boringen, als basis voor de prijsstelling, niet aan bod kwam in de prijsbevraging van de gekozen inschrijver door de verwerende partij.

Met de verwerende partij is de Raad van State van oordeel dat de verzoekende partijen en de gekozen inschrijver zich aldus op het punt van de pertinentie van eigen boringen niet in een vergelijkbare situatie bevonden. Als aan het ontbreken van eigen boringen door de verzoekende partijen gevolgen zijn gehecht voor de regelmatigheid van hun offerte, en als deze kwestie niet onderzocht is wat de gekozen inschrijver betreft, dan is dit omdat het al dan niet bestaan van eigen boringen relevant was voor de beoordeling van de geloofwaardigheid van de (abnormaal laag lijkende) prijzen van de verzoekende partijen, terwijl die kwestie geen rol speelde voor de geloofwaardigheid van de (normaal lijkende) prijzen van de gekozen inschrijver.

Het enkele feit dat het ontbreken van eigen boringen uiteindelijk wel is gebruikt tegen de verzoekende partijen, terwijl niet is onderzocht in hoeverre de gekozen inschrijver eigen boringen heeft verricht, zou vanuit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel vragen kunnen doen rijzen als eigen boringen een bestekvereiste waren, opgelegd op straffe van onregelmatigheid van de offerte. Zoals hiervoor opgemerkt, was dat echter niet het geval (overweging 92).

De verzoekende partijen tonen bijgevolg niet aan dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden.

95. Volledigheidshalve merkt de Raad van State nog op dat uit het dossier van de rechtspleging, en meer bepaald uit het vertrouwelijk stuk 3 in het dossier dat de gekozen inschrijver als tussenkomende partij heeft neergelegd in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, blijkt dat die inschrijver zijn prijszetting wel degelijk heeft gebaseerd op eigen boringen. Zoals de verzoekende partijen vermoeden, is het door de gekozen inschrijver uitgevoerde grondonderzoek niet van dezelfde intensiteit geweest als de grondmechanische onderzoeken uitgevoerd door de afdeling Geotechniek. Die omstandigheid is echter niet van aard om afbreuk te doen aan de conclusie in overweging 94.

96. Het middel kan niet aangenomen worden.

VI. Deskundigenonderzoek

97. De verzoekende partijen vragen, “gelet op de hoge graad van techniciteit van het nazicht inzake de correctheid van [hun] prijsverantwoording [...] in het licht van de onkostenniveaus in Nederland”, dat een deskundige zou worden aangesteld. Die deskundige zou advies moeten geven, kort samengevat, over de door hen verstrekte prijsverantwoording en over de redelijkheid van de verwerping ervan, alsmede over de prijszetting door de andere inschrijvers en over het representatief karakter van de bodemonderzoeken waarop hun prijszettingen zijn gesteund.

98. Daargelaten de vraag of het voorwerp van de opdracht, als omschreven door de verzoekende partijen, zich in al zijn aspecten leent tot een advies door een deskundige, is de Raad van State van oordeel dat bij het onderzoek van de middelen niet is gebleken van technische problemen die de Raad van State beletten om met kennis van zaken over het voorliggende beroep uitspraak te doen. Dit geldt in het bijzonder voor het vijfde en het zesde middel, waarop het gevorderde deskundigenonderzoek meer bepaald betrekking lijkt te hebben.

Er is dan ook geen reden om een deskundige aan te stellen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro, elk voor de helft, een bijdrage van 22 euro, en de gevorderde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op twee mei tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,

kamervoorzitter,

Pierre Lefranc,

staatsraad,

Patricia De Somere,

staatsraad,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens