

# Abnormale prijzen bij overheidsopdrachten: overheden tussen hamer en aambeeld

Bart Geysens  
*Vlaamse overheid*

Prof.dr. Steven Van Garssen  
*UHasselt & UAntwerpen*

## I. Inleiding

1. De wetgeving overheidsopdrachten is welbekend voor haar uitgebreide voorschriften inzake overheidsopdrachtenprocedures en haar rigide uitvoeringsregels. Overheden dienen vele regels na te leven in hun aanbestedings- en contracteringsproces. Ontvangen offertes moeten worden beoordeeld in het licht van het criterium – of de criteria – opgenomen in het bestek, maar zullen ook moeten worden beoordeeld op hun regelmatigheid. Een van de problemen waarmee overheden vaak kampen, is de beoordeling van offertes met (potentieel) abnormale prijzen. Is er bij zo een offertes immers geen groot risico op allerhande inbreuken? Wordt de gelijkheid tussen de inschrijvers niet aangetast? Zal de overheid niet onder druk worden gezet om allerhande verrekeningen goed te keuren? Het Europese en nationale overheidsopdrachtenrecht bevatten reeds lang voorschriften over hoe moet worden omgegaan met abnormaal lage inschrijvingen.

In deze bijdrage wordt ingegaan op enkele recente evoluties inzake het leerstuk van de abnormale prijzen. Daarbij wordt aandacht besteed aan de Europese en de nationale regelgeving, evenals aan de recente rechtspraak van de Raad van State. De bijdrage wordt afgesloten met enkele slotbeschouwingen.

## II. De problematiek van de abnormale prijzen bekeken vanuit het Europese aanbestedingsrecht

### A. Het voeren van een prijsonderzoek

2. Van oudsher bevatten de Europese overheidsopdrachtenrichtlijnen een specifieke bepaling inzake abnormale prijzen. De bepalingen laten aanbestedende overheden toe om abnormaal lage inschrijvingen te weren. Ze verplichten aanbestedende overheden die om genoemde reden willen overgaan tot het weren van de inschrijver tot het doorlopen van een verificatieprocedure. Die procedure laat de inschrijver toe zijn (schijnbaar) abnormale inschrijving te verantwoorden. Het doel van de bepaling was, zo blijkt ook uit de ontstaansgeschiedenis, de inschrijver tegen willekeur van de aanbesteden-

de dienst te beschermen.<sup>1</sup> De richtlijn verplicht de aanbestedende overheid immers, wanneer die tot wering wenst over te gaan, de samenstelling te onderzoeken van duidelijk abnormaal lage inschrijvingen, en de inschrijver te verzoeken om desgevallend de nodige motiveringen te verstrekken. Dezelfde bepaling verplicht de aanbestedende dienst ook, in voorkomend geval, de inschrijver te laten weten welke motiveringen onaanvaardbaar worden geacht.<sup>2</sup>

3. In de rechtspraak en in meer recente versies van de overheidsopdrachtenrichtlijnen lijkt het accent en de ratio niettemin te verschuiven. De nadruk komt daarbij meer en meer te liggen op het vrijwaren van een gezonde, effectieve mededinging. Zo overwoog het Hof van Justitie in het arrest *Slovensko* dat uit de dwingende bewoordingen van artikel 55 van Richtlijn 2004/18/EG volgt dat de aanbestedende overheid verplicht is om de samenstelling van de (schijnbaar) abnormaal lage inschrijving te onderzoeken en de inschrijver moet verzoeken om de benodigde motiveringen te verstrekken zodat deze kan bewijzen dat zijn inschrijving serieus is.<sup>3</sup> Het bestaan van een daadwerkelijk contradictoir debat tussen de aanbestedende dienst en de gegadigde, zo vervolgt het Hof nog, op een nuttig tijdstip in de procedure van het onderzoek van de inschrijvingen, opdat laatstgenoemde kan bewijzen dat zijn inschrijving serieus is, vormt een vereiste van Richtlijn 2004/18, om willekeurig optreden van de aanbestedende dienst te voorkomen en een gezonde mededinging tussen de ondernemingen te garanderen.

Hoewel deze passages o.i. hoofdzakelijk bedoeld leken om de verplichting van verificatie verder toe te lichten, hebben sommige auteurs hieruit een algemene verplichting af-

<sup>1</sup> HvJ EU, C-76/81, 10 februari 1982, ro 17 en vergelijk ook G.S. OLYKKE, *Abnormally Low Tenders*, Copenhagen, DJOF Publishing, 2010, 127; A.S. GRAELS, "Rejection of abnormally low and non-compliant tenders in EU public procurement: A comparative view on selected jurisdictions", SSRN-id2248590, 11 april 2013, *European Procurement Law Series*, Vol 6.

<sup>2</sup> HvJ EU, C-103/88, 22 juni 1989, ro 16. Zie tevens HvJ EU, C-285/99 en C-286/99, 27 november 2001.

<sup>3</sup> HvJ EU, C-599/10, 29 maart 2012, ro 27 en 28.



geleid om bij de vaststelling van (schijnbaar) abnormale prijzen steeds over te gaan tot een verder onderzoek.<sup>4</sup> Een dergelijke verplichting zou overigens ook af te leiden zijn uit de zorgvuldigheidsplicht die op aanbestedende diensten rust bij het onderzoek van de offertes.<sup>5</sup> Wat er ook van zij, met de nieuwe Richtlijn overheidsopdrachten 2014/24 heeft de Europese wetgever de onderzoeksverplichting verankerd in een nieuwe, sterk gewijzigde bepaling inzake abnormale prijzen. Zo is voortaan in artikel 69, § 1 van Richtlijn 2014/24 te lezen dat een aanbestedende dienst ondernemers ertoe verplicht 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.

### B. *Het lot van abnormaal lage inschrijvingen*

4. Uit de tekst van de vorige Europese overheidsopdrachtenrichtlijnen werd doorgaans in beginsel geen verplichting afgeleid tot het weren van abnormaal lage inschrijvingen.<sup>6</sup> Aanbestedende diensten waren verplicht om abnormale inschrijvingen te identificeren, ze te bevragen – zeker als men wou weren – vervolgens de argumenten te beoordelen en ten slotte te beslissen om, rekening houdend met de verantwoording, al dan niet tot wering over te gaan.<sup>7</sup>

De Europese aanbestedingswetgeving bevat terzelfdertijd geen definitie van het begrip abnormaal lage inschrijvingen. Dit is erg vervelend, omdat het lijkt te gaan om een Europees-rechtelijk concept.<sup>8</sup> Wel wordt vrij algemeen aangenomen dat het aan de lidstaten openstaat om in voorkomend geval – en binnen de grenzen van het EU-recht – de methode van identificatie van abnormale prijzen verder te reguleren.<sup>9</sup> Ook lijken lidstaten binnen diezelfde grenzen te mogen bepalen wat het lot is van abnormaal lage inschrijvingen.

In de rechtsleer wordt gewezen op het feit dat abnormaal lage offertes inschrijvingen zijn die niet realistisch zijn, waar er een redelijk risico is op niet-uitvoering, een risico dat bijvoorbeeld de arbeidswetgeving niet wordt nageleefd, gegeven

het feit dat prijzen worden gehanteerd die onder de marktprijs liggen dan wel lager zijn dan men bij de betrokken inschrijver mag verwachten en/of om offertes gaat waarbij de overheid zou worden gedwongen bepaalde risico's te nemen (bv. ernstig risico op faillissement omdat onder de kostprijs wordt gewerkt) die de overheid niet bereid is te nemen.<sup>10</sup> In de rechtspraak wordt dan weer vooral gewezen op het al dan niet ernstig karakter van de inschrijving. De vraag is of de offerte betrouwbaar en degelijk is<sup>11</sup> dan wel serieus is.<sup>12</sup>

Hoewel er, zoals hierboven aangegeven, in beginsel geen verplichting bestaat om over te gaan tot een afwijzing, zou het te ver gaan om meteen te beweren dat aanbestedende diensten steeds vrij zijn om de inschrijvingen daarna alsnog te aanvaarden. Zo lijkt het moeilijk denkbaar dat een inschrijving nog kan worden aanvaard wanneer zou blijken dat de prijs abnormaal laag is en er tijdens de uitvoering ernstige inbreuken (zullen) gebeuren op allerhande wetgeving. Daarenboven vragen sommige auteurs zich meer principieel af of uit het gelijkheidsbeginsel en de effectieve mededinging in de regel ook niet moet worden afgeleid dat aanbestedende diensten in principe verplicht zijn om abnormale inschrijvingen te weren, althans tenzij ze op een voldoende wijze kunnen onderbouwen dat er pertinente en gegronde redenen bestaan om zo iets niet te doen.<sup>13</sup>

5. Met de nieuwe overheidsopdrachtenrichtlijnen werd de problematiek alleszins ten dele beslecht. Zo is voortaan duidelijk dat abnormaal lage inschrijvingen moeten worden geweerd wanneer wordt vastgesteld dat de inschrijving abnormaal laag is omdat de abnormaal lage prijzen of kosten het gevolg zijn van een niet-nakoming van dwingende sociaal-, arbeids- of milieurechtelijke voorschriften van het Unierecht, van met het Unierecht verenigbare voorschriften van nationaal recht of van internationale arbeidsrechtelijke voorschriften. In andere gevallen lijkt de afwijzing, zoals voorheen – maar mogelijk met de hierboven genoemde beperkingen – facultatief te zijn. Dit blijkt overigens zoals voorheen zowel uit de tekst van de richtlijn (waar wordt gesproken over “kan”) als uit de toelichtende considerans.<sup>14</sup>

<sup>4</sup> Zie S. ARROWSMITH, *The Law of Public Procurement and Utilities Procurement*, Londen, Sweet & Maxwell, 2014, 804, die nochtans zeer kritisch is voor deze lezing en de correctheid van deze benadering betwist.

<sup>5</sup> Zie ook *ibid.*; A.S. GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford, Hart, 2015, 403.

<sup>6</sup> Een standpunt dat overigens in de diverse lidstaten werd gevolgd. Zie bv. Nederland. E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND en J.F. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag, Sdu, 2009, 459.

<sup>7</sup> Case T-495/04 *Belfass* [2008] ECR II-781, 98.

<sup>8</sup> G.S. OLYKKE, *Abnormally Low Tenders*, Copenhagen, DJOF Publishing, 2010; anders A.S. GRAELLS, “Rejection of abnormally low and non-compliant tenders in EU public procurement: A comparative view on selected jurisdictions”, SSRN-id2248590, 11 april 2013, *European Procurement Law Series*, Vol 6.

<sup>9</sup> A.S. GRAELLS, “Rejection of abnormally low and non-compliant tenders in EU public procurement: A comparative view on selected jurisdictions”, SSRN-id2248590, 11 april 2013, *European Procurement Law Series*, Vol 6.

<sup>10</sup> S. ARROWSMITH, *The Law of Public Procurement and Utilities Procurement*, Londen, Sweet & Maxwell, 2014, 802; A.S. GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford, Hart, 2015, 402.

<sup>11</sup> HvJ EU, C-147/06, 15 mei 2018.

<sup>12</sup> HvJ EU, C-599/10, 29 maart 2012.

<sup>13</sup> A.S. GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford, Hart, 2015, 403.

<sup>14</sup> Considerans 103: “*Inschrijvingen die abnormaal laag worden bevonden in verhouding tot de werken, leveringen of diensten, kunnen gebaseerd zijn op technisch, economisch of juridisch ondeugdelijke veronderstellingen of praktijken. Indien de inschrijver niet voldoende uitleg kan verschaffen, moet de aanbestedende dienst het recht hebben de inschrijving af te wijzen. De aanbestedende dienst is verplicht de inschrijving af te wijzen indien hij heeft vastgesteld dat de abnormaal lage prijzen of kosten het gevolg zijn van niet-nakoming van dwingende sociaal-, arbeids- of milieurechtelijke voorschriften van het Unierecht, van met het Unierecht verenigbare voorschriften van nationaal recht, of van internationale arbeidsrechtelijke voorschriften.*” (onze nadruk).



### III. De problematiek van de abnormale prijzen in het licht van de Belgische regelgeving

#### A. Het voeren van een prijsonderzoek

6. Naar Belgisch recht is een aanbestedende overheid volgens het KB Plaatsing vandaag verplicht om in alle gunningsprocedures een prijsonderzoek te voeren.<sup>15</sup> In dat kader zullen ze ook moeten nagaan of de offertes geen (schijnbaar) abnormale prijzen bevatten.

Onder de vorige wetgeving was een dergelijke algemene verplichting tot prijsonderzoek niet expliciet wettelijk verankerd.<sup>16</sup> Wel werd een verplicht onderzoek naar de prijzen afgeleid uit de beginselen van gelijke behandeling en eerlijke mededinging. De gelijkheid der inschrijvers komt immers in het gedrang indien realistische prijzen worden vergeleken met prijzen die in de praktijk niet of vaak ten koste van de kwaliteit van het werk gehandhaafd kunnen worden, zo werd en wordt aangenomen.<sup>17</sup> De controle op het normaal karakter van de prijzen wordt immers geacht een essentieel onderdeel uit te maken van het regelmatigheidsonderzoek en moet bijgevolg steeds worden uitgevoerd.<sup>18</sup>

De aanbestedende overheid beschikt over een ruime discretionaire bevoegdheid om al dan niet een procedure in te zetten waarbij op zoek gegaan wordt naar de aanwezigheid van abnormale prijzen, zo oordeelde de Raad van State steevast en de Raad mag zich bij dergelijke beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur. De Raad “*mag desgevraagd wel nagaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bestreden beslissing in aanmerking mogen worden genomen hetgeen onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen. Indien de overheid de offerte niet afwijst omwille van abnormale prijzen is een bevraging van de inschrijver volgens artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 niet vereist*”. Maar oordeelde de Raad van State consequent zeer helder: “*Er is wel een plicht voor de zorgvuldig handelende overheid om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat. Immers, opdat een offerte regelmatig zou zijn, is tevens vereist dat ze realistisch is, met andere woorden dat ze geen gegevens bevat die niet met de werkelijkheid overeenstemmen*”. Was een aanbestedende overheid *in casu* niet verplicht om een prijsverantwoording te vragen, dan nam dit niet weg dat de aanbestedende overheid wel verplicht was om de regelmatigheid van een offerte na te gaan, zeker wanneer ze werd gecon-

fronteerd met extreme prijsverschillen en mag zij niet, zonder de grenzen van een zorgvuldige beoordelingsbevoegdheid te buiten te gaan, nalaten een prijsonderzoek te voeren.<sup>19</sup>

7. Naast de bovenvermelde veralgemeende bepaling inzake het prijsonderzoek werd parallel in het KB Plaatsing ook de verplichting die aan de inschrijvers oplegt om in het kader van het algemene prijsonderzoek de nodige inlichtingen te bezorgen, veralgemeend.<sup>20</sup> Voorheen<sup>21</sup> bestond dergelijke verplichting enkel voor de onderhandelingsprocedures zonder bekendmaking. Voor de overige gunningsprocedures, zoals de aanbesteding of de offerteaanvraag, bestond de verplichting slechts indien daartoe een expliciete bepaling in de opdrachtdocumenten was voorzien.<sup>22</sup> Merk wel op dat de wetgever vooralsnog geen expliciete mogelijkheid, laat staan verplichting, heeft opgenomen om rechtstreeks de leveranciers en onderaannemers van de inschrijver te ondervragen. Zoiets zou nochtans bijzonder nuttig zijn. Een vaste rechtspraak van de Raad van State stelt immers dat een prijsverantwoording die bestaat uit een loutere verwijzing naar de prijzen van een leverancier of onderaannemer, verhoogd met een percentage algemene kosten en winst, geen afdoende verantwoording vormt.<sup>23</sup> Indien de aanbestedende overheid dergelijke ondervraging van de leveranciers en onderaannemers wenst, is het aangewezen daartoe een bepaling op te nemen in de opdrachtdocumenten.<sup>24</sup>

<sup>15</sup> V. DOR en Y. MUSSCHEBROECK, “Het abnormale prijzenvraagstuk: een complexe oefening” in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL en B. DEMEULENAERE (eds.), *Jaarboek Overheidsopdrachten 2014-15*, Brussel, EBP, 2015, 304 e.v.

<sup>16</sup> B. LOMBAERT (ed.), *La passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Commentaire article par article de l'arrêté royal de passation du 15 juillet 2011*, Waterloo, Kluwer, 2014, 114.

<sup>17</sup> D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 1997, 521.

<sup>18</sup> Zie onder meer RvS 5 april 2011, nr. 212.444; RvS 21 oktober 2011, nr. 215.934; RvS 27 juni 2013, nr. 224.168 en RvS 16 september 2014, nr. 228.379.

<sup>19</sup> Zie onder meer RvS 13 februari 2012, nr. 217.922; RvS 21 februari 2012, nr. 218.139; RvS 23 februari 2012, nr. 218.182; RvS 23 februari 2012, nr. 218.184; RvS 27 februari 2012, nr. 218.210; RvS 10 april 2012, nr. 218.840; RvS 3 mei 2012, nr. 219.144; RvS 3 mei 2012, nr. 219.168; RvS 31 oktober 2013, nr. 225.299; RvS 25 maart 2014, nr. 226.872; RvS 1 april 2014, nr. 226.987; RvS 10 juli 2014, nr. 228.052 en RvS 16 oktober 2014, nr. 228.769.

<sup>20</sup> A.-L. DURVIAUX, *La passation et l'exécution des marchés publics. Secteurs classiques et spéciaux*, Brussel, Larcier, 2014, 40; V. BERTRAND, “La réforme de l'attribution des marchés publics” in A.-L. DURVIAUX en N. THIRION (ed.), *La réforme du droit des marchés publics*, Brussel, Larcier, 2014, 130; B. LOMBAERT (ed.), o.c., 115 en S. LOGIE, “Artikel 21 KB Plaatsing” in S. VAN GARSSE (ed.), *Artikelsgewijze commentaar op de wetgeving overheidsopdrachten*, Brussel, Politeia, 2012, losbl.

<sup>21</sup> Art. 88, §§ 2 en 3 KB 8 januari 1996.

<sup>22</sup> Bij heel wat bestekken was een dergelijke clausule overigens standaard voorzien, zie bv. het SB250, versie 2.2 ([www.wegenenverkeer.be](http://www.wegenenverkeer.be)).

<sup>23</sup> Y. CABUY et al., *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique*, Brussel, Larcier, 2013, 546; A. DELVAUX, C. DEWOLF et al., *Praktische Commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, deel 1A, zevende uitgave, Brussel, Nationale Confederatie van het Bouwbedrijf, 2014, 941; J. HONNAY, “De toepassing van de regeling inzake abnormale prijzen: hoe zorgvuldig moet een aanbestedende instantie zijn?” *T.Aann.* 2011, 255; B. LOMBAERT (ed.), o.c., 122; N. KIEKENS, “Beoordeling en vergelijking van de offertes” in D. D'HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2009, 802; W. TIMMERMANS, “Een juiste offerteprijs bij overheidsopdrachten: een vlag die vele ladingen dekt” *T.Aann.* 2011, 27 en I. VAN KRUCHTEN, “Tome 3. La passation” in P. THIEL et al., *La commande publique*, Waterloo, Kluwer, 2014, 186.

<sup>24</sup> M.-A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME en C. DARDENNE, *Praktische Commentaar bij de reglementering van de overheidsop-*



8. Een (gewoon) prijsonderzoek bestaat traditioneel uit twee fases. In een eerste fase dient de aanbestedende overheid de offertes aan een algemeen prijsonderzoek te onderwerpen. De aanbestedende overheid kan hiertoe de betrokken inschrijver contacteren en hem om een **toelichting** verzoeken. Deze toelichting kan zowel voor bepaalde eenheidsprijzen als voor de totaalprijs worden gevraagd. Indien de aanbestedende overheid in deze eerste fase vermeende abnormaliteiten in de prijzen vaststelt, dan moet de aanbestedende overheid, alvorens de betrokken inschrijver te weren, deze contacteren en hem om een **verantwoording** verzoeken (zie specifiek art. 21, § 3 KB Plaatsing).<sup>25, 26</sup> Het betreft hier de zogenaamde verificatieprocedure, zoals deze ook in het Europese aanbestedingsrecht is te vinden. Een vraag tot prijsverantwoording is slechts verplicht indien de aanbestedende overheid besluit om de offerte wegens onregelmatigheid uit de procedure te weren. Indien de aanbestedende overheid zelf met een motivering op de proppen komt die de twijfel bij bepaalde posten kan wegnemen, is een ondervraging van de inschrijver niet verplicht.<sup>27</sup>

#### B. *Het lot van de offerte met abnormale prijzen*

9. Tot voor de inwerkingtreding van het KB Plaatsing was de aanbestedende overheid niet altijd verplicht een offerte waarbij een (schijnbaar) abnormale prijs was vastgesteld en de motivering niet kon worden aanvaard, uit de verdere procedure te weren. Deze visie leek onder meer te zijn ingegeven om alsnog offertes te kunnen behouden waarbij een abnormaliteit werd vastgesteld voor een eenheidsprijs die slechts een minimale weerslag had op (de prijs van) het totale inschrijvingsbedrag.

*drachten*, deel 1A, zesde uitgave, Brussel, Nationale Confederatie van het Bouwbedrijf, 1996-97, 945.

<sup>25</sup> Dit artikel is niet van toepassing op een onderhandelingsprocedure, behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten.

<sup>26</sup> Art. 21, § 3 KB Plaatsing is in feite een zo goed als letterlijke overname van het vroegere art. 110, § 3 van het KB van 8 januari 1996, met dit verschil dat de mogelijkheid tot herbevraging van de betrokken inschrijver expliciet in de wetgeving werd verankerd. Aangezien in de wetgeving uitdrukkelijk werd bepaald dat “*de aanbestedende overheid de ontvangen verantwoording onderzoekt en indien nodig de inschrijver herbevrageert*”, is een herbevraging o.i. niet mogelijk indien de opdrachtnemer binnen de gevraagde termijn geen enkele verantwoording heeft ingediend. Een gebrek aan antwoord moet immers worden aangezien als bevestiging van het vermoeden van abnormaliteit (Y. CABUY *et al.*, o.c., 542 en A. DELVAUX, C. DEWOLF *et al.*, o.c., 939). Een herbevraging lijkt enkel mogelijk indien een initieel antwoord werd ontvangen dat nog niet voldoende duidelijk is of indien bijkomende posten moeten worden onderzocht. De eventuele herbevraging moet o.i. daarenboven als een mogelijkheid worden aangezien. Op de aanbestedende overheid rust met andere woorden niet de verplichting om tot een herbevraging over te gaan indien het eerste antwoord niet afdoende blijkt (Cass. 26 oktober 2012, nr. C.10.0533.N; RvS 19 mei 2009, nr. 193.437 en B. LOMBAERT (ed.), o.c., 116).

<sup>27</sup> B. LOMBAERT (ed.), o.c., 119.

Zo overwoog de wetgever bij het KB van 19 augustus 1985<sup>28</sup> het volgende<sup>29</sup>: “*Indien tengevolge van deze controle blijkt dat deze of gene eenheidsprijs of totaalprijs als abnormaal werd weerhouden, kan het Bestuur krachtens paragraaf 1 de inschrijving als onregelmatig beschouwen en dus nietig en onbestaand. Het betreft een mogelijkheid, een mogelijkheid ter appreciatie, voorbehouden aan het Bestuur om bijvoorbeeld te vermijden dat het automatisch een offerte met betrekking tot een belangrijke opdracht zou moeten weren omwille van een eenheidsprijs die weliswaar abnormaal geacht wordt maar slechts een minimale weerslag heeft*”.

Ook onder toepassing van het KB van 8 januari 1996 beschikte een aanbestedende overheid nog over de mogelijkheid om een offerte waarbij bepaalde eenheidsprijzen, zelfs na een vraag tot verantwoording, een abnormaal karakter bleven vertonen, regelmatig te verklaren. Artikel 110, § 2 van het KB stelde immers duidelijk: “[...] *KAN de aanbestedende overheid als onregelmatig en onbestaande beschouwen, [de offertes] die bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen*”.

10. In de rechtsleer werd bij de bovenvermelde wetgeving terecht gesteld dat het al dan niet regelmatig verklaren van een offerte waarin abnormale prijzen voorkwamen, geen vrijbrief voor de aanbestedende overheid inhield. De beslissing om de offerte alsnog te behouden, diende te berusten op aanvaardbare motieven en diende binnen de grenzen van de redelijkheid te blijven. Wanneer het indienen van een offerte met abnormale prijzen tot gevolg had dat de werkelijke mededinging werd vervalst doordat de inschrijvers op ongelijke wijze werden behandeld of doordat de offertes niet langer vergelijkbaar waren, diende echter tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte te worden besloten.<sup>30</sup>

Vanuit dezelfde logica was het verdedigbaar dat een offerte waar een abnormaliteit werd vastgesteld voor een post met een gering of verwaarloosbaar belang ten opzichte van het globale offertebedrag, slechts een relatieve onregelmatigheid met zich meebracht en, mits motivatie, alsnog in de verdere procedure kon worden behouden. Deze visie werd ruim gedragen binnen de rechtsleer.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> KB 19 augustus 1985 tot wijziging van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanname van werken, leveringen en diensten, BS 23 augustus 1985.

<sup>29</sup> Aangehaald in A. DELVAUX, C. DEWOLF *et al.*, o.c., 953.

<sup>30</sup> D. D’HOOGHE, o.c., 534-535; J. VERMANDER, *Overheidsopdrachten in de klassieke sectoren. Beknopte leidraad bij de toepassing van de wet van 24 december 1993 en haar uitvoeringsbesluiten*, Brussel, Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, 1997, 138.

<sup>31</sup> I. COOREMAN en P. THIEL, “Réflexions autour des éléments constitutifs de la notion d’offre régulière, du point de vue de celui qui conçoit et attribue la commande/Bedenkingen omtrent de constitutieve elementen van het begrip regelmatige offerte, vanuit het oogpunt van de instantie die de opdracht concipieert en gunt”, MCP-OOO 2012, 340-341; C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht (klassieke sectoren). Boek I: algemene inleiding: de gunning van overheidsopdrachten*, Antwerpen, Maklu, 2004, 231; D. D’HOOGHE, o.c., 534; M.-A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME en C. DARDENNE, o.c., 1086; N. KIEKENS, o.c., 805.





Uiteraard kon een aanbestedende dienst ook besluiten de offerte wel te weren, ook al betrof het een abnormaliteit op een geringe post.<sup>32</sup> De waarde van een post is immers en overigens niet de enige graadmeter om het belang van de post te bepalen. Typisch voorbeeld van een post die per definitie een geringe waarde heeft maar toch van groot belang is, is een post waarbij aan de opdrachtnemer een verzekering voor tienjarige aansprakelijkheid wordt opgelegd. De kostprijs voor dergelijke verzekering maakt slechts een zeer beperkt percentage van het opdrachtbedrag uit<sup>33</sup>, maar toch zal niemand het belang van dergelijke post in twijfel trekken. Indien de inschrijver voor dergelijke post een abnormaal laag bedrag had vermeld, was de aanbestedende overheid perfect gerechtigd de betrokken offerte als onregelmatig te beschouwen en uit de verdere procedure te weren.<sup>34</sup>

11. In tegenstelling tot de rechtsleer, was er in de rechtspraak wel verdeeldheid over de vraag of een offerte waarin op een geringe post een abnormaliteit werd vastgesteld, moest worden afgewezen.

De rechtspraak van de hoven en rechtbanken inzake het al dan niet regelmatig karakter van de offerte met betrekking tot het prijsonderzoek, was eerder schaars. Interessant is alvast een arrest van 18 december 2007.<sup>35</sup> Daarin stelt het hof van beroep te Antwerpen dat een offerte waarvan de lage prijs voor een bepaalde post, die minder dan 1% van het totale offertebedrag uitmaakt, niet per se als onregelmatig moet worden beschouwd, tenzij zou blijken dat ingevolge de lage prijs er ernstige bouwtechnische bezwaren zouden bestaan over het resultaat of de kwaliteit van het bestelde werk. Het Hof stelde ook vast dat de vastgestelde lage prijs evenmin van aard was de rangschikking van de offertes te beïnvloeden. Ook het hof van beroep te Bergen lijkt een mogelijkheid te laten voor het behoud van offertes waar een abnormaliteit voor een geringe post wordt vastgesteld. Zo merkt HOREMANS<sup>36</sup> het volgende op bij een arrest van 12 november 2004: “*La Cour observe également que, de son aveu propre, les postes dont les prix étaient considérés après justification, comme demeurés anormaux ne portaient que sur “des montants négligeables par rapport à l’ensemble du marché”*”.

Wat de rechtspraak van de Raad van State betreft, lijkt, of minstens leek, de Nederlandstalige kamer van de Raad van State zich doorgaans eerder soepel op te stellen.<sup>37</sup> De redene-

ring dat een offerte alsnog regelmatig kon worden verklaard bij een abnormale post van gering belang werd toegepast op zowel abnormaal lage als abnormaal hoge prijzen. Zo overwoog de Raad in de zaak *Wegebo*<sup>38</sup> bij een post die 0,04% van het offertebedrag uitmaakt en die door de aanbestedende overheid als abnormaal hoog werd beschouwd, het volgende: “*Zo mag worden aangenomen dat een offerte in beginsel niet onregelmatig dient te worden verklaard wanneer de post die de abnormale prijzen bevat, maar van gering belang is*”. In de zaak *Artes Roegiers*<sup>39</sup> stelde de aanbestedende overheid voor een aantal posten zowel abnormaal hoge prijzen (3,65% van het totale offertebedrag) als abnormaal lage prijzen vast (3,43% van het totale offertebedrag), maar verklaarde men de offerte toch regelmatig onder meer omdat werd vastgesteld dat de betrokken posten een relatief geringe omvang hadden, niet tot voorfinanciering konden leiden en de totaalprijzen van de drie laagste offertes zeer dicht bij elkaar lagen. De Raad van State heeft zich bij de redenering van de aanbestedende overheid aangesloten en overwoog hierbij het volgende: “*Zo mag worden aangenomen dat een offerte in beginsel niet onregelmatig dient te worden verklaard wanneer de post die de abnormale prijzen bevat, maar van gering belang is*”. De substantiële onregelmatigheid van een offerte, waar een abnormale prijs op een post met een gering belang wordt vastgesteld, lijkt volgens deze rechtspraak slechts een betrekkelijke en geen absolute regel te zijn. Enkel indien er “verzwarende omstandigheden” zijn, bijvoorbeeld het in gedrang komen van de rangschikking, dient tot de absolute nietigheid te worden besloten.<sup>40</sup>

De Franstalige kamer van de Raad van State stelde zich, een enkele uitzondering niet te na gesproken<sup>41</sup>, de afgelopen

VMG-De Cock waar de Raad het volgende overweegt: “*Het feit dat het totaalbedrag van een post waarvoor een prijsverantwoording wordt gevraagd niet van aard is om de rangschikking tussen de inschrijvers te beïnvloeden, zoals de verwerende partij te dezen opwerpt, leidt in beginsel niet tot een ander besluit, aangezien de offerte die als onregelmatig wordt beschouwd niet voor toewijzing van de opdracht in aanmerking komt en bijgevolg in principe niet in de rangschikking mag worden betrokken*”. Het belang van dit arrest moet echter niet worden overdreven en de zaak moet in zijn juiste context worden geplaatst. Zo had de discussie weliswaar betrekking op één enkele post, maar het is geenszins duidelijk of de betrokken post ook effectief als gering diende te worden beschouwd ten opzichte van het totale offertebedrag. In het arrest wordt het totale offertebedrag niet vermeld. De enige indicatie over de omvang van de post is dat deze volgens de verwerende partij “gezien tegenover de totale aanneming [...] als eerder gering voorkomt (minder dan 10 procent)”. Bijgevolg kan uit dit arrest niet zomaar worden afgeleid dat de Raad van State zijn rechtspraak zou hebben gewijzigd. Temeer daar dit arrest blijkbaar een geïsoleerde case is gebleven. Zie daarenboven ook de kritiek op dit arrest in B. SCHUTYSER, “De rechtspraak van het Hof van Justitie en de Raad van State inzake de gunning van overheidsopdrachten (2010-2011): een overzicht”, *T.Gem.* 2012, 238.

<sup>32</sup> RvS 3 maart 2014, nr. 226.596: “*laatstgenoemd artikel 110, § 3, lijkt voorts geenszins voor te schrijven dat een aanbestedende overheid een offerte slechts zou kunnen afwijzen omwille van abnormaal lage eenheidsprijzen indien het gaat om posten die een bepaald aandeel in de meetstaat of een bepaald procentueel belang in de totaalprijs overstijgen*”.

<sup>33</sup> F. BURSENS, *Aannemingsrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2001, 384.

<sup>34</sup> RvS 15 juli 2013, nr. 224.367.

<sup>35</sup> Antwerpen 18 december 2007, *NjW* 2008, 404, noot.

<sup>36</sup> Ph. HOREMANS, “Cour d’appel de Mons. 10 ans de droit des marchés publics (2001-2012). Analyse et commentaire de 52 arrêts inédits”, *Le Pli Juridique* 2012, 23.

<sup>37</sup> Toch was zelfs de rechtspraak van de Nederlandse kamer niet onverdeeld. Zo kan worden gewezen op het arrest NV Bouwbedrijf

<sup>38</sup> RvS 27 februari 2012, nr. 218.210.

<sup>39</sup> RvS 9 juli 2013, nr. 224.305.

<sup>40</sup> RvS 26 september 2013, nr. 225.615.

<sup>41</sup> RvS 4 juli 2005, nr. 147.262. De als eerst gerangschikte offerte vertoonde een schijnbare abnormale prijszetting op een post die minder dan 1% van de totaalprijs uitmaakte. Ondanks de vastgestelde abnormaliteit werd de opdracht toch aan de betrokken in-



jaren ter zake heel wat strenger op. In de zaak *Sogepar*<sup>42</sup> overwoog de Raad het volgende: “Overwegende dat het verslag over het onderzoek van de offertes dus wel degelijk de vaststelling bevat dat de verantwoording verstrekt door de vennootschap *Hullbridge* voor post 11.05.H, met toepassing van artikel 110 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, onaanvaardbaar was en dat de aangeboden prijs abnormaal laag was; dat krachtens hetzelfde artikel 110, § 3, wanneer een eenheidsprijs voor een post abnormaal wordt geacht, nadat de verstrekte verantwoordingen niet konden worden aanvaard, de aanbestedende overheid de offerte als onregelmatig moet afwijzen; dat het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers immers belet een offerte met een abnormaal lage prijs met een regelmatige offerte te vergelijken; dat, daarenboven, wat betreft het argument inzake de financiële weerslag van deze prijs die volgens het verslag tussen 6.000 en 12.000 euro bedraagt, eraan herinnerd moet worden dat in casu het verschil tussen de inschrijving van de verzoekende partij en die van de vennootschap *Hullbridge*, na de prijsvermindering met 1,75%, slechts 4.243,53 euro bedroeg”. In latere rechtspraak van de Franstalige kamer, nota bene een dossier waar het een post betrof van minder dan 2%, overwoog de Raad in vergelijkbare zin: “il ressort de ces dispositions que, lorsque le prix unitaire pour un poste reconnu comme anormalement bas, les justifications fournies n’ayant pas pu être admises, le pouvoir adjudicateur doit écarter l’offre comme irrégulière. La circonstance que les justifications apportées par le soumissionnaire interrogé à cette fin soient soumises à l’appréciation du pouvoir adjudicateur auquel le Conseil d’Etat ne peut se substituer, ne fait nullement obstacle à l’application de cette règle. Le principe de l’égalité de traitement des soumissionnaires empêche en effet de comparer un prix anormalement bas avec une offre régulière”.<sup>43</sup>

12. Bij de uitwerking van het KB Plaatsing heeft de wetgever zich – merkwaardig genoeg – nadrukkelijk op het strenge

standpunt van de Franstalige kamer van de Raad van State gebaseerd. Dit blijkt onder meer uit de redactie van het (initiële) artikel 95, derde alinea, waar werd gesteld dat “een offerte materieel onregelmatig is en derhalve nietig als ze afwijkt van de essentiële bepalingen van de opdrachtdocumenten betreffende met name de prijzen, termijnen en de technische specificaties of in geval van een abnormale prijs als bedoeld in artikel 99”. Gegeven dat inzake de abnormale prijzen enkel artikel 99, en niet artikel 21, werd vermeld, leek er wel nog enige marge te bestaan om offertes met een abnormale eenheidsprijs op een post met een gering belang, toch in de procedure te behouden. Een dergelijke lezing werd niettemin vakkundig door de wetgever afgeblokt. Enerzijds was het Verslag aan de Koning bij het initiële artikel 95 KB Plaatsing al bijzonder duidelijk: “De hypothese van de abnormale prijzen is daarentegen niet vermeld in de bepaling die de onregelmatigheden opsomt die tot een relatieve nietigheid leiden. Deze keuze is ingegeven door de wil om rekening te houden met de recente evolutie in de rechtspraak van de Raad van State. Immers volgens het arrest nr. 198.368 van 30 november 2009 SPLL SOGEPAR (bevestigd door het arrest nr. 209.794 van 16 december 2010, SA Bernard Construction), dient wanneer een eenheidsprijs als abnormaal laag is bestempeld en de gegeven verantwoordingen niet zijn aangenomen, de aanbestedende overheid de offerte als onregelmatig te weren. Het gaat alsdan om een absolute nietigheid”. Anderzijds werd via het reparatiebesluit van 7 februari 2014<sup>44</sup> het artikel 95, derde alinea vervangen door de volgende tekst: “op materieel vlak is de offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de bepalingen van dit besluit of van de opdrachtdocumenten betreffende met name de prijzen, termijnen en technische specificaties, in de mate dat die bepalingen essentieel zijn, of in geval van een abnormale prijs als bedoeld in de artikelen 21 en 99”. Het gegeven dat artikel 21 nu ook expliciet als een grond van substantiële onregelmatigheid werd aangemerkt, lijkt alle resterende twijfel weg te nemen.<sup>45</sup>

schrijver toegewezen. De Raad van State heeft de beslissing van de aanbestedende overheid onderschreven, daarbij overwegende dat “les services de la partie adverse ont longuement et minutieusement étudié le problème du prix apparemment anormalement bas” en dat de aanbestedende overheid aldus geen manifeste beoordelingsfout heeft gemaakt door de betrokken offerte te behouden.

<sup>42</sup> RvS 30 november 2009, nr. 198.368. Vergelijk ook RvS 16 december 2010, nr. 209.794: “qu’une soumission comportant des prix anormaux devait être écartée par la partie adverse et ne pouvait en aucun cas venir en concurrence avec des offres jugées régulières, le principe d’égalité interdisant de procéder à la comparaison entre une offre irrégulière et nulle de plein droit et des offres régulières”. Voor een uitgebreide bespreking van het arrest SOGEPAR, zie M. VASTMANS en K. POLET, “Le contrôle des prix anormaux à la suite de l’arrêt SOGEPAR” in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL en B. DEMEULENAERE (eds.), *Jaarboek Overheidsopdrachten 2014-15*, Brussel, EBP, 2015, 839-853. Zie ook voetnoot 48, waaruit af te leiden is dat het arrest SOGEPAR nog marge liet en in wezen niet onverzoebaar was met de Nederlandstalige rechtspraak. Uit dit arrest zou immers, gegeven de concrete feiten, nog af te leiden zijn dat enkel indien er “verzwarende omstandigheden” zijn, bijvoorbeeld het in gedrang komen van de rangschikking, de absolute nietigheid aan de orde is.

<sup>43</sup> RvS 24 september 2012, nr. 220.718.

<sup>44</sup> KB 7 februari 2014 tot wijziging van meerdere koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 alsook van de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, BS 21 februari 2014.

<sup>45</sup> Maar zie nochtans het verslag aan de Koning: “[...] Deze strenge benadering wordt evenwel verzacht door artikel 21 van het besluit dat het voortaan mogelijk maakt om, zelfs bij aanbesteding, een inschrijver over een prijs te ondervragen zonder de procedure van het onderzoek van abnormale prijzen op te starten.” Met andere woorden, de redenering lijkt te zijn dat zodra een abnormaliteit bij een bepaalde post werd vastgesteld ingevolge de verificatieprocedure, dit moet leiden tot het afwijzen van de offerte, maar de aanbestedende dienst niet zonder meer verplicht is om een dergelijke procedure op te starten. Ze kan immers ook in eerste instantie gebruikmaken van het algemene prijzenonderzoek (toelichting) in plaats van het bijzondere prijzenonderzoek (verantwoording). Vergelijk ook RvS 26 november 2013, nr. 225.6156. De redenering lijkt evenwel mank te lopen omdat als er daadwerkelijk abnormale prijzen zijn, dan wel worden vastgesteld, gegeven de huidige rechtspraak moeilijk te begrijpen is hoe uiteindelijk een wering zou kunnen worden vermeden. De overheid heeft wel een discretionaire bevoegdheid, maar die lijkt niet zover te gaan



13. Dat de beoordelingsmarge van de aanbestedende overheid (reeds vanaf de initiële versie van art. 95 KB Plaatsing) overigens in een zeer strikt keurslijf werd geplaatst, moge ook duidelijk blijken uit de rechtspraak. Een en ander werd immers met zoveel woorden ook door de Franstalige kamer van de Raad van State bevestigd in de zaak *Ghent Dredging*<sup>46</sup>: “*En application de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, tel qu'il était applicable dès avant sa modification par l'arrêté royal du 7 février 2014 [...], lorsque le prix unitaire relatif à un post est reconnu comme anormalement bas, les justifications fournies n'ayant pas pu être admises, le pouvoir adjudicateur doit écarter l'offre comme irrégulière. Le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires empêche en effet de comparer une offre comportant un prix anormalement bas avec une offre régulière.*”<sup>47</sup>

De recente Nederlandstalige rechtspraak, weliswaar in het kader van administratief kort geding, volgt voortaan dezelfde lijn. We hernemen hierna – omwille van het belang – *in extenso* de betrokken passages uit het arrest: “*Uit de hiervoor aangehaalde bepalingen, samen genomen met het voormelde Verslag aan de Koning, volgt de conclusie dat, indien de aanbestedende overheid een prijs van een post als abnormaal beoordeelt, zij met toepassing van artikel 95, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit Plaatsing de offerte als substantieel onregelmatig moet beschouwen en bijgevolg als nietig. In het voorliggende geval stapt de aanbestedende overheid over de door haar vastgestelde onregelmatigheid heen en zoekt daarvoor, zoals gezegd, steun in de afdoende beschrijving van de kwaliteit en veiligheid van de uitvoering en de beperkte financiële impact van de betrokken eenheidsprijzen op de totale inschrijvingsprijs. Er lijkt echter geen beoordelingsvrijheid voor een aanbestedende overheid om wanneer de abnormaliteit van de prijs van een post is vastgesteld, en met toepassing van artikel 21, § 3, een prijsverantwoording werd gevraagd, tot iets anders te beslissen dan tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte. Zonder te moeten ingaan op de vraag of de arresten waarnaar het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit Plaatsing verwijst, de stand-*

dat ze het mechanisme inzake de prijsverantwoording zomaar buiten toepassing zou kunnen plaatsen. Daarenboven is het ook betwijfelbaar dat indien er problemen worden vastgesteld na de toelichting, uiteindelijk toch niet zou moeten worden overgegaan tot wering (zie ook verder). Het is inderdaad ten zeerste de vraag of de Raad van State zich soepeler zal willen opstellen indien een aanbestedende overheid een offerte regelmatig verklaart indien voor een geringe post, zelfs na een toelichting op grond van art. 21, § 1 KB Plaatsing, twijfel blijft bestaan, al gesteld dat zo iets toelaatbaar is, welteverstaan.

<sup>46</sup> RvS 24 oktober 2014, nr. 228.927.

<sup>47</sup> Zo wees de Raad er in de zaak *RTS* (RvS 26 september 2013, nr. 225.615) op dat de zaak *SOGEPAR* nog enige ruimte tot interpretatie liet, aangezien in die zaak de vastgestelde abnormaliteit, hoewel deze betrekking had op een post van gering belang, de initiële rangschikking in gevaar kon brengen. Gegeven dat de uitspraak in de zaak *RTS* dateert van voor het reparatiebesluit van 7 februari 2014, en gelet op de arresten van de Franstalige kamer zoals de zaak *TWT* (RvS 24 september 2012, nr. 220.718), die de harde lijn uit het arrest *SOGEPAR* verder hebben doorgetrokken, heeft het er alle schijn van dat dit arrest een geïsoleerde case zal blijven.

*punten van de meerderheidsrechtspraak en -rechtsleer op dat ogenblik vertolken, lijkt de Koning alleszins die arresten die als draagwijdte hebben dat elke abnormaal bevonden eenheidsprijs, ongeacht het relatief belang ervan, aanleiding geeft tot een substantiële onregelmatigheid, te hebben willen onderschrijven. Wel lijkt het op het eerste gezicht niet helemaal uitgesloten dat er nog een beoordelingsvrijheid is bij het vaststellen van de abnormaliteit op zich, weze het initieel, dit lijkt bij het beslissen tot het vragen van een verantwoording wegens schijnbare abnormaliteit en waarvan niet principieel uit te sluiten valt dat zij mits in rechte aanvaardbare motieven mag worden heroverwogen, weze het bij het definitief vaststellen van de abnormaliteit, waarbij, zoals ook de verzoekende partijen zelf ter terechtzitting niet helemaal lijken uit te sluiten, naast de prijsverantwoording andere in rechte aanvaardbare motieven lijken te mogen worden betrokken”* (onze nadruk).

14. Uit wat voorafgaat, blijkt dat de Raad wel drie ‘ontsnappingsroutes’ identificeert. Die pistes situeren zich evenwel niet op de gevolgen van abnormale offertes maar wel op de beoordeling van de abnormaliteit zelf. Met andere woorden, de gevolgen zijn onontkoombaar, maar bij de beoordeling van het abnormaal karakter zou enige marge zijn. Die marge bestaat initieel. De overheid heeft immers een zekere vrijheid om te beoordelen of de prijs verdacht is (‘schijnbaar abnormaal’), zoals bekend het startpunt van de procedure voor prijsverantwoording.<sup>48</sup> Ook is er een marge na de verantwoording. Een verdachte prijs kan immers toch gerechtvaardigd zijn na kennisname van de motieven, ook daar heeft de overheid immers enige beoordelingsvrijheid<sup>49</sup> en ten slotte is niet uit te sluiten dat de verantwoording niet voldoende is, maar dat de overheid uiteindelijk toch niet tot wering overgaat omdat ze intussen zelf over voldoende elementen beschikt waaruit valt af te leiden dat de prijs toch finaal niet abnormaal is.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> Zie verder ook de kwestie of er marge is om niet over te gaan tot het vragen van een prijsverantwoording.

<sup>49</sup> “*Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation des justifications fournies par un soumissionnaire, dans le cadre de la procédure de contrôle du caractère apparemment anormal des prix d'une soumission de sorte que Votre Conseil ne pourrait censurer qu'une appréciation manifestement déraisonnable*” (RvS 16 december 2005, nr. 152.843).

<sup>50</sup> Zie de bestaande rechtspraak van de Raad van State die de mogelijkheid lijkt te laten voor een “eigen redengeving” van de aanbestedende overheid die erin bestaat zelf de prijzen te verantwoorden indien in de verstrekte prijsverantwoording geen afdoende motieven zijn terug te vinden (B. SCHUTYSER, o.c., 235.). Een verklaring voor afwijkende prijzen kan bijvoorbeeld bestaan uit het geclusterd (of samen) bekijken van bepaalde posten. Indien bepaalde posten een zekere samenhang vertonen, is het mogelijk dat de ene inschrijver een zekere kostencomponent in de ene post aanrekent, terwijl een andere inschrijver dezelfde kostencomponent in een andere post zal aanrekenen. Ter illustratie kan het voorbeeld van een baggercontract worden aangehaald. Vaak is daar enerzijds een post voorzien voor het effectief baggeren van de specie (bv. via een kraanponton) en anderzijds een post voor het afvoeren van de specie (bv. via splijtbakken). Indien voor de afvoer twee splijtbakken worden ingezet, waarbij één splijtbak telkens enige tijd moet wachten tot de vorige bak gevuld is, kan de inzet van deze tweede splijtbak worden aangerekend in ofwel de



Die pistes lijken op zich in lijn te liggen met de rechtspraak die vrij constant oordeelt dat de overheid over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt inzake het beoordelen van de abnormaliteit. We komen er hierna op terug. En wat te denken van de – eveneens vaak aanvaarde – idee dat er marge is bij het vragen van de prijsverantwoording zelf? Of wat te denken van het intussen geopperde idee om geen prijsverantwoordingen meer te vragen, dan wel dit nog slechts te doen voor grotere posten?<sup>51</sup> Dit lijkt ons, gelet op de huidige nationale en Europese rechtspraak gecombineerd met het beginsel van behoorlijk bestuur en de algemene verplichting om steeds tot een algemeen prijsonderzoek over te gaan, een bijzonder gevaarlijke strategie, al kan niet ontkend worden dat de huidige rechtspraak aanbestedende diensten er in de praktijk in ieder geval toe zal aanzetten om de offertes oppervlakkiger te onderzoeken.

Allerzins lijkt het idee om enkel voor de grotere posten een prijsverantwoording te vragen ons een halfslachtige oplossing, omdat men de discussie over de abnormaliteiten ten gevolge van minieme posten/onderdelen moeilijk zal kunnen vermijden. Zo is een post veelal samengesteld uit verschillende kostencomponenten. Stel bijvoorbeeld dat voor een belangrijke post (10% van het opdrachtbedrag) de volgende componenten een rol spelen: ingezette materieel, te verwerken materialen, personeel, rendement, directe en indirecte werfkosten en een percentage algemene kosten en winst (AKW). Bij nazicht van de prijsverantwoording stelt de aanbestedende overheid vast

post “baggeren” ofwel de post “afvoer”. Eén en ander leidt ertoe dat de post “afvoer” bij een bepaalde inschrijver veel lager kan liggen dan de gemiddelde prijzen van de andere inschrijvers voor deze post. Indien de posten “baggeren” en “afvoer” samen worden bekeken, is het echter perfect mogelijk dat ondanks de grote verschillen bij de individuele posten, toch tot een normale prijszetting wordt geconcludeerd.

Hoewel de clustering van posten in de rechtsleer wordt aanvaard (N. KIEKENS, *o.c.*, 801 en W. TIMMERMANS, *o.c.*, 28), is de rechtspraak van de Raad van State nochtans verdeeld. De Nederlandstalige kamer lijkt deze werkwijze te aanvaarden (RvS 18 februari 2003, nr. 116.055; RvS 2 juli 2010, nr. 206.395 en RvS 24 november 2010, nr. 209.131), terwijl de Franstalige kamer zich eerder kritisch opstelt. Zo overweegt de Franstalige kamer in de zaak *Galère* (RvS 30 oktober 2012, nr. 221.238, MCP-OOO 2013, 377) het volgende: “*Enfin l’argumentation du “clustering” c’est-à-dire, de la vérification des prix unitaires non poste par poste mais par groupe de postes, n’est pas acceptable non plus. En effet, en l’espèce, non seulement, aucun contrôle des prix unitaires n’a été fait mais encore, ce ne sont pas trois postes mais trois chapitres distincts: terrassements, collecteurs et chambres de visite, qui ont été regroupés.*” Onzes inziens kan uit dit laatste arrest echter niet zomaar worden afgeleid dat de Franstalige kamer zich tegen elke vorm van clustering verzet. De Raad lijkt vooral een bezwaar te hebben tegen een clustering die ertoe leidt dat de individuele posten niet meer nauwkeurig worden onderzocht. Indien clustering echter correct wordt gebruikt, heeft dit niet tot gevolg dat de eenheidsprijzen niet nauwkeurig worden onderzocht. Integendeel, de clustering kan net een verklaring vormen voor de grote prijsverschillen die bij het prijsonderzoek worden vastgesteld.

<sup>51</sup> Zie ook D. D’HOOGHE, “Opletten met vragen om prijsverantwoording bij overheidsopdrachten: voorzichtig zijn is riskant, dubbel voorzichtig zijn de boodschap, geen prijsverantwoording vragen de oplossing?”, *Nieuwsbrief Stibbe*, mei 2015.

dat de benzineprijs die voor de inzet van de vrachtwagen binnen de component “ingezette materieel” zeer sterk onder de gangbare prijzen zit. Wat moet er in dat geval met de offerte gebeuren? Het gaat hier weliswaar over een belangrijke post, maar er is slechts één minieme component van deze post die abnormaal lijkt. Indien de Raad van State blijft verdergaan op het ingeslagen pad, dan zal men in het bovenstaande voorbeeld – en behoudens onze nuanceringen inzake het begrip abnormale prijs – niet meteen een andere keuze hebben dan de offerte onregelmatig te verklaren. Een en ander kan trouwens perfect worden gestaafd met de *Aswebo-Artes Depret* case.<sup>52</sup> In dat geval was de aanbestedende overheid van zijn gebruikelijke methodiek afgeweken, en had men toch posten met een financiële weerslag onder de 1% onderzocht. Mocht men niet zijn afgeweken van de gebruikelijke methode, is het niet onwaarschijnlijk dat geen enkele van de vier betrokken posten nader zou zijn onderzocht. Met andere woorden, in voorliggend geval werd de aanbestedende overheid *de facto* afgestraft voor zijn eigen zorgvuldigheid.

En dit brengt ons tot de kern van de zaak: de gevolgen van het zorgvuldigheidsbeginsel. *Enerzijds* kan het toch niet de bedoeling zijn dat de aanbestedende diensten voortaan bij grote en complexe opdrachten, met vele honderden bestekposten, elke post aan een uitgebreide en diepgaande controle onderwerpen, gegeven het feit dat het kleinste probleem zou moeten leiden tot een afwijzing van de volledige offerte. Dergelijke evolutie zou er in de praktijk overigens toe kunnen leiden dat geen enkele offerte nog regelmatig kan worden verklaard. Men mag inderdaad niet blind zijn voor de realiteit. De prijszetting van een opdrachtnemer zal inderdaad in zekere mate rekendkundig zijn onderbouwd, maar ook andere factoren van een eerder commerciële aard spelen een rol bij de prijszetting. Zo komt het vrij vaak voor dat het management bij de onderteekening van de offerte nog een zekere korting (op alle posten) toekent. Welnu, indien één van de vele posten uit de offerte al een scherpe prijszetting bevatte en men naderhand een vraag krijgt om deze scherpe prijs verminderd met de korting te verklaren, is het niet ondenkbaar dat men de geboden prijs niet (meer) afdoende kan staven en zou de betrokken offerte, per hypothese, substantieel onregelmatig moeten worden verklaard. *Anderzijds* dreigt men door de huidige stand van het recht toch in die richting te verzeilen. Hoe immers aanvaarden dat er een algemene verplichting is tot een prijsonderzoek en dat bij wijze van spreken bij het kleinste probleem moet worden overgegaan tot wering (zij het na een voorafgaande procedure van prijsverantwoording), maar ook aanvaarden dat de overheid een ruime marge zou hebben om al dan niet over te gaan tot die procedure van prijsverantwoording.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> RvS 26 februari 2015, nr. 230.345.

<sup>53</sup> Hoe kan men inderdaad een methodiek die perfect in te passen valt, of minstens viel, binnen de discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende overheid en die erin bestaat enkel de posten te onderzoeken die 1% of meer van het offertebedrag uitmaken, rijmen met het idee dat elke abnormaliteit op een post met een financiële impact van minder dan 1% tot de absolute nietigheid van de offerte moet leiden? Vergelijk C. GELDHOF, *Abnormale prijzen bij overheidsopdrachten*, Brussel, EBP, 2011, 100-101.





Wat ten slotte de andere pistes betreft, ontkennen wij gezinszins de ruime beoordelingsvrijheid om concreet invulling te geven aan het begrip abnormale prijzen. Zoals bekend, is er immers ook in het Belgische recht, net zoals in het Europese recht, nog steeds geen definitie te vinden van dit begrip. Wel zal het begrip abnormale prijzen dan moeten worden herleid naar zijn ware proporties. In de huidige stand van het recht werd het begrip immers doorgaans vrij ruim benaderd, ook al omdat er meestal werd aangenomen dat er geen absolute verplichting bestond om over te gaan tot de afwijzing. Zo zou het onder meer gaan om offertes met afwijkende prijzen – die veel lager zijn dan de marktprijzen, dan wel de andere aanbidders, dan wel hetgeen men van een dergelijke inschrijver mag verwachten en die in het bijzonder elementen bevatten die niet overeenstemmen met de werkelijkheid.<sup>54</sup>

Welnu, abnormale prijzen zijn prijzen of zouden prijzen moeten zijn die de ernst aan een offerte ontnemen. Of zoals de Raad van State reeds overwoog: *“le pouvoir d’appréciation du pouvoir adjudicateur à l’égard du caractère normal ou non des prix d’une soumission a essentiellement pour objet de permettre de vérifier si le prix offert permet d’exécuter les obligations qui résultent du cahier des charges tant au point de vue qualité technique qu’au point de vue délai et exclut toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des budgets publics”*.<sup>55</sup> Het zijn dus prijzen die wijzen op een dreigende onuitvoerbaarheid en/of de overheid opzadelen met het nemen van allerhande ongewenste risico’s inzake een (niet) conforme uitvoering, die de offerte economisch onrealistisch maken of die zullen leiden tot inbreuken op wetgeving.

#### IV. Slotbeschouwingen

15. Uit wat voorafgaat, is gebleken dat er de afgelopen jaren in het Europese aanbestedingsrecht een zekere evolutie is waar te nemen inzake abnormale prijzen. Waar er aanvankelijk geen verplichting was tot het organiseren van het prijsonderzoek, lijkt dat er thans wel te zijn. Waar er aanvankelijk geen verplichting bestond tot het weren van abnormaal lage inschrijvingen, is die er vandaag wel in een aantal specifiek omschreven gevallen.

Ook in het Belgische recht was er aanvankelijk geen algemene wettelijke verplichting tot prijsonderzoek, maar werd die verplichting wel meer en meer afgeleid uit het zorgvuldigheidsbeginsel gekoppeld aan het regelmatigheidsvraagstuk van offertes. Tot voor kort was het ook geen automatisme dat offertes met abnormale prijzen per se moesten worden geweerd. Dat alvast de Nederlandstalige kamer van de Raad van State zich weinig comfortabel voelt met de intussen doorgevoerde ommezwaai mag blijken uit de drie nuances die het poogt aan te brengen in zijn recente rechtspraak. Wij kunnen die terughoudendheid enkel onderschrijven.

Dat naar het Belgische recht bij abnormaal lage inschrijvingen in principe moet worden overgegaan tot het weren van

de offerte valt moeilijk te bekritisieren in het licht van het gelijkheidsbeginsel en de principes van een gezonde mededinging. Overheden zijn inderdaad niet gediend met het aanvaarden van offertes die ernstige inbreuken zullen uitlokken op allerhande wetgeving of die hen opzadelen met serieuze uitvoeringsrisico’s. Dat naar Belgisch recht het concept en de principes lijken opgerecht te worden tot situaties waarbij zelfs een eenheidsprijs van een onbetekenende post niet afdoende kon worden verantwoord – in een per hypothese voor het overige nochtans perfect aanvaardbare, regelmatige, uitvoerbare serieuze offerte – valt te betreuren. Het feit dat dergelijke offertes zonder genade moeten worden geweerd, lijkt moeilijk te verzoenen met het proportionaliteitsbeginsel en getuigt van een overdreven formalisme. Een dergelijk excessief formalisme wordt noch vereist door het gelijkheidsbeginsel, noch door het principe van een effectieve en een gezonde mededinging. Integendeel, het leidt ertoe dat de mededinging nodeloos zal worden beperkt. Het aantal regelmatige offertes zal immers afnemen en de eigenlijke mededinging zal naar verwachting bij een verdere rigide toepassing van de principes in de praktijk substantieel worden beperkt.

16. De recente evolutie in de wetgeving en de rechtspraak is dus niet zonder problemen. Aanbestedende overheden bevinden zich tussen hamer en aambeel. Langs de ene kant is men er vanuit de regelgeving en het zorgvuldigheidsbeginsel toe gehouden een (nauwgezet) prijsonderzoek te voeren en te beoordelen of er sprake is van prijzen die niet abnormaal zijn, maar langs de andere kant weet men dat zelfs de kleinste abnormaliteit in de prijszetting ingevolge de Belgische wetgeving zal leiden tot de substantiële onregelmatigheid van de volledige offerte.

Het zou ons alvast, zoals gezegd, niet verbazen dat voormeld dilemma in de toekomst zal leiden tot aanbestedende diensten die na inschatting van het procesrisico overgaan tot een minder nauwkeurig onderzoek van de offertes. Zoiets kan niet de bedoeling zijn en is, zo argumenteerden wij, niet de oplossing. Aanbestedende diensten zouden wel hun heil kunnen zoeken in het terugdringen van het concept abnormale prijs, namelijk prijzen die onder meer de uitvoerbaarheid onder druk zetten of zullen leiden tot inbreuken op wetgeving. Op die manier kan ook worden geanticipeerd op de omzetting van Richtlijn 2014/24/EU. De Europese richtlijn is immers terecht veel genuanceerder dan het huidige Belgische recht.

<sup>54</sup> Vergelijk RvS 21 oktober 2010, nr. 208.286.

<sup>55</sup> Rvs 16 december 2005, nr. 152.843 en Rvs 4 mei 2012, nr. 219.175.

