

De strijd tegen abnormale prijzen bij overheidsopdrachten: van 'zelfmoordprijzen' tot 'normale' prijzen

Kris WAUTERS

Advocaat bij Janson

Hoogleraar aan de UCL

Jorien VAN BELLE

Advocaat bij Janson

Doctorandus aan de VUB

“Quant aux entreprises saines, soit elles voient lamener leurs marges bénéficiaires, soit elles refusent le suicide, mais sont éliminées par la logique impitoyable de l'adjudication au moins-disant et se trouvent ainsi pénalisées, voire condamnées à disparaître dès lors qu'à chaque adjudication participera au, moins un candidat au suicide comptant sur le laxisme, voire la complicité de certains pouvoirs adjudicateurs.”¹

INHOUD

1.	Inleiding	138
2.	Historisch overzicht	139
3.	Doelstelling van het prijzenonderzoek	142
3.1.	Algemeen	142
3.2.	Abnormaal hoge prijzen	142
3.3.	Abnormale lage prijzen	142
3.4.	Besluit	142
4.	Het prijzen- en kostenonderzoek	143
4.1.	Het algemeen prijzenonderzoek	143
4.2.	Het bijzonder prijzenonderzoek	148
5.	Abnormale prijzen en het risico op onrechtmatige staatssteun	156
5.1.	Rechtmatige en onrechtmatige staatssteun en oneerlijke mededinging	157
5.2.	Verplichting tot het weren van abnormale inschrijvingen als gevolg van onrechtmatige staatssteun	158
6.	Slotbeschouwingen	159

1. Inleiding

1. In het kader van de toewijzing van overheidsopdrachten was en is de prijs een essentieel element, zowel voor de aanbestedende overheid als voor de inschrijver. In de eerste plaats is de betaling van een prijs een van de criteria om een rechtshandeling te kwalificeren als een overheidsopdracht. Voor de aanbestedende overheid is de prijs bovendien vaak een van de determinerende factoren om te bepalen aan wie zij de opdracht zal toewijzen. Door middel van een concurrentiële prijs beoogt de inschrijver in eerste instantie de opdracht in de wacht te slepen. Anderzijds zal de inschrijver pogen om een voldoende hoge prijs te bepalen, die hem toelaat zijn kosten te dekken en eventueel een zekere winst te bekomen.² In dat kader moet de inschrijver een 'normale' prijs vooropstellen. Het bepalen van een dergelijke prijs is evenwel allerminst evident.

Ook voor de aanbestedende overheid is het geen evidente opdracht om te bepalen of de inschrijver al dan niet een 'normale' prijs heeft vooropgesteld in zijn offerte. Nochtans is dit onderzoek niet zonder belang. De aanbestedende overheid zal immers de opdracht gunnen aan de inschrijver die de economisch meest voordelige offerte heeft ingediend. In dat opzicht moet zij de opdracht gunnen aan een inschrijver die een regelmatige offerte heeft ingediend, en dit met inachtneming van de gelijkheid der inschrijvers en de eerlijke concurrentie.

1. M.-A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME en C. DARDENNE, *Praktische Commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten, deel 1A*, zesde uitgave, Brussel, Nationale Confederatie van het Bouwbedrijf, 1996-1997, 991.
2. J. TIMMERMANS, "Een 'juiste' offerteprijs bij overheidsopdrachten: een vlag die vele ladingen dekt", *T.Aann.* 2011, 7-8. Hoewel de overheidsopdrachtenreglementering inschrijvers niet verplicht in een winstmarge te voorzien (zie RvS 9 mei 2019, nr. 244.455, de bvba Willer, waarin de Raad tevens verwijst naar het arrest van het Europees Hof van Justitie van de Europese Unie van 13 juni 2013 in de zaak C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co, KG/Kreis Duren), zal een inschrijver in het algemeen toch trachten een zekere winstmarge te voorzien in de samenstelling van zijn prijs.



2. In de strijd tegen abnormale prijzen heeft de Belgische wetgever, in navolging van de Europese wetgever en de rechtspraak van de Raad van State, de regeling omtrent het prijzenonderzoek recentelijk op diverse punten gewijzigd met de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten en het koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren. De auteurs meenden het moment gekomen om rekening houdend met deze wijzigingen het leerstuk van de abnormale prijzen opnieuw onder de loep te nemen, waarbij zij zich uitsluitend richten op de regelgeving klassieke sectoren. De arresten geveld door de Raad van State het laatste jaar leren ons dat de spelers blijven worstelen met dit leerstuk. De hoop is dat de huidige bijdrage de worsteling iets gemakkelijkt.

3. De huidige bijdrage start met een historisch overzicht van de juridische strijd tegen de abnormale prijzen door de jaren heen (hoofdstuk 2.). Vervolgens komen de doelstellingen van het prijzenonderzoek aan bod (hoofdstuk 3.).

De verdere structuur van de huidige bijdrage is gebaseerd op de chronologie die de aanbestedende overheid tijdens het onderzoek naar de abnormale prijzen hanteert. De bijdrage maakt inzake dit prijzenonderzoek het onderscheid tussen het algemeen prijzenonderzoek en het bijzonder prijzenonderzoek (hoofdstuk 4.).

De auteurs wijden nog een hoofdstuk aan de staatssteunproblematiek met betrekking tot abnormale prijzen (hoofdstuk 5.).

Tot slot sluit de bijdrage af met een aantal slotbeschouwingen (hoofdstuk 6.).

2. Historisch overzicht

4. Jarenlang was er in de rechtsleer weinig of geen aandacht voor het probleem van de abnormaal lage inschrijvingsprijzen.³

In de rechtspraak van de Raad van State kwam sporadisch de problematiek van abnormale prijzen ter sprake.⁴

Met de wet van 4 maart 1963 betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat⁵ en zijn uitvoeringsbesluit van 14 oktober 1964⁶ werd voor het eerst een unieke en exhaustieve tekst aangenomen die alle essentiële bepalingen met betrekking tot overheidsopdrachten, die gedurende een eeuw over diverse teksten waren verspreid, bundelt. De wet voorzag een rijker gamma aan plaatsingsprocedures, aangepast aan de noden van de Staat, de economische en technische noden van de samenleving en aan de methodes van de gemeenschappelijke markt.⁷

Ook aan het prijzenonderzoek werd bijzondere aandacht geschonken. Immers voerde de wetgever een artikel 25 in. Op grond van deze bepaling kreeg de aanbestedende overheid de *mogelijkheid* om abnormale eenheidsprijzen of totaalprijzen te sanctioneren door de betrokken inschrijver, nadat deze eerst werd verzocht zijn prijzen te rechtvaardigen, te weren.⁸ Na ontvangst van de uitleg van de inschrijver moest de aanbestedende overheid de betrokkene laten weten welke prijzen alsnog als abnormaal werden beschouwd.⁹ Deze procedure inzake de prijscontrole was echter enkel voorbehouden voor beperkte offerteaanvragen en onderhandelingsprocedures.¹⁰

5. De voornoemde wet van 4 maart 1963 werd vervangen door de wet van 14 juli 1976 betreffende overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.¹¹ Deze wet en zijn koninklijk besluit van 22 april 1977 (hierna 'KB van 22 april 1977')¹² brachten een aantal belangrijke vernieuwingen met zich mee, zoals onder meer het opleggen van een verplichte prijscontrole voor onderhandse opdrachten, behalve voor gebruikelijke leveringen onder 1250 BEF. Ook werd de mogelijkheid voorzien om een prijscontrole uit te voeren, niet enkel bij de beperkte procedures maar ook voor de 'suggesties' bij algemene offerteaanvragen. Daarnaast voorzag de regeling de toepassing van de prijscontrole op stukken en ter plaatse voor onderhandse opdrachten en opdrachten van leveringen geplaatst middels de onderhandse of beperkte procedure. Tot slot werd nog de verplichting ingevoerd voor de aanbestedende overheid om in het

3. M. SENELLE, "Omtrent abnormaal hoge en lage prijzen van de aannemers", *RJI* 1991, 299.

4. RvS 18 juni 1957, nr. 5707, SPRL Elewaut Gebroeders, *Arr.RvS* 1957, 383-385; RvS 7 januari 1966, nr. 11.589, SPRL Entreprises Generales Rene Herbignat, *Arr.RvS* 1966, 21-24; RvS 23 december 1966, nr. 12.133, SA Etablissements Lagrou, *Arr.RvS* 1966, 1034-1037.

5. *BS* 3 april 1963.

6. Koninklijk besluit van 14 oktober 1964 betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat, *BS* 17 oktober 1964. Gewijzigd bij koninklijk besluit van 4 augustus 1967 (*BS* 2 september 1967) en koninklijk besluit van 3 december 1973 (*BS* 23 februari 1974).

7. Verslag aan de Koning bij de wet van 4 maart 1963 betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat.

8. Verslag aan de Koning bij artikel 25 van het KB van 14 oktober 1964, *Pasin.* 1964, 1512.

9. Luik (5e k.) 6 maart 1981, Galere/Belgische staat en intercommunale E5, *T.Aann.* 1981, 243-247, noot A. BONDROIT, "Du contrôle juridictionnel de l'appréciation d'un caractère anormal du prix".

10. A. DELVAUX en C. DEWOLF, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, deel 1B, Confederatie Bouw, 2014, 924-925.

11. *BS* 28 augustus 1976.

12. Koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, *BS* 26 juli 1977.



bestek aan te geven of zij gebruik wenst te maken van de prijscontrole op de stukken of ter plaatse.¹³

De oorspronkelijke tekst van artikel 25 van het KB van 22 april 1977 nam deze over van artikel 25 van het KB van 14 oktober 1964, met die nuancering dat uitdrukkelijk werd vermeld dat zowel te hoge als te lage prijzen als abnormaal werden beschouwd. Volgens het verslag aan de Koning had het bestuur geen belang om een overeenkomst te sluiten die ruïneus zou kunnen zijn voor de inschrijver aangezien het gevolg hiervan steeds zal zijn dat het bestuur bijkomende vergoedingen zal moeten betalen.¹⁴ Vanaf dit moment dienden aanbestedende overheden zowel te hoge als te lage prijzen als abnormaal te beschouwen.

De wetgever trok de termijn om de verantwoording te verstekken van tien naar twaalf dagen op en voorzag dat de verantwoording per aangetekend schrijven moest gebeuren.¹⁵

6. Het voornoemd artikel 25 onderging middels het koninklijk besluit van 19 augustus 1985¹⁶ een aanzienlijke transformatie.

Ten eerste verstregde de Koning de onderzoeksplicht in hoofde van de aanbestedende overheid in die zin dat het de inschrijver moest verzoeken de nodige verantwoordingen te verstrekken wanneer de eenheidsprijzen of de globale prijzen blijkbaar abnormaal laag of hoog waren, vooraleer zij de inschrijving afwees. Middels deze aanpassing werd duidelijk gemaakt dat het bestuur wel degelijk verplicht was om verantwoordingen te vragen.¹⁷

Daarnaast voerde paragraaf drie van artikel 25 een vermoeden van abnormale prijzen in. Het bestuur werd voortaan verplicht om voor opdrachten van werken die

volgens een aanbesteding werden gegund, na te gaan of het bedrag van de inschrijving eventueel abnormaal laag was. Die bepaling was alleen van toepassing wanneer het bedrag vijftien procent onder het gemiddelde van de bedragen van de ingediende inschrijvingen lag. In het geval van een vermoeden van abnormale prijzen had het bestuur de verplichting een verantwoording aan de betrokken inschrijver te vragen.¹⁸

De eventuele verantwoordingen moesten gegrond zijn op een particuliere eigenheid van de inschrijving of van de betrokken opdracht.¹⁹

Het vermoeden van abnormale prijzen gold bovendien alleen in geval van opdrachten voor werken die via een openbare of een beperkte aanbesteding werden gegund. Dit is immers het terrein waarop de abnormaal lage inschrijvingsprijzen zich het meest lieten voelen.²⁰

Tot slot werd nog een bijzondere motiveringsplicht voorzien zodat de aanbestedende overheid de betrokken inschrijver op de hoogte moest brengen van de prijs die via het onderzoek van de prijsverantwoordingen als abnormaal werd beschouwd.²¹

7. Sinds de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna ‘wet van 24 december 1993’)²² en het koninklijk besluit van 8 januari 1996 (hierna ‘KB van 8 januari 1996’)²³ werden de modaliteiten van het prijzenonderzoek vastgelegd en werd niet langer gesproken van “prijscontrole” maar van “prijsonderzoek”. Artikel 88 bepaalde echter dat het prijzenonderzoek zich niet uitstreckte tot de prijzen van de onderaannemers en leveranciers. De aanbestedende overheid kon dit wel voorzien in de opdrachtdocumenten.²⁴

13. A. DELVAUX en C. DEWOLF, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, deel 1B, Confederatie Bouw, 2014, 923-924.

14. Verslag aan de Koning bij artikel 25 van het koninklijk besluit van 22 april 1977, *Pas*, 1977, 679.

15. Art. 25, § 2 KB 19 augustus 1985.

16. Koninklijk besluit van 19 augustus 1985 tot wijziging van het koninklijk besluit van 22 april 1977, *BS* 23 augustus 1985.

17. Art. 25, § 2 KB 19 augustus 1985. Het verslag aan de Koning verduidelijkt hierbij dat “de ondervinding [heeft] aangetoond dat de huidige bepaling in voornoemd artikel 25 meer en beter moet worden toegepast teneinde abnormale prijzen aan het licht te brengen en dergelijke praktijk te bestrijden. Het indienen van inschrijvingen waarvan de prijzen economisch niet verantwoord zijn heeft immers een zeer nadelige invloed zowel op de aannemingen als voor de besturen die onder die voorwaarden overeenkomsten sluiten. Aangezien het indienen van abnormaal lage prijzen een reëel probleem schept, moet de tekst van artikel 25 worden aangevuld met een verplichting voor het bestuur om niet alleen de eenheidsprijzen of de globale prijzen maar eveneens het inschrijvingsbedrag te controleren” (Verslag aan de Koning bij artikel 25 van het koninklijk besluit van 19 augustus 1985, 12072).

18. Art. 25, § 3 KB 10 augustus 1985.

19. Verslag aan de Koning bij artikel 25 van het koninklijk besluit van 10 augustus 1985, 12073. Het verslag aan de Koning bij artikel 25 verduidelijkt wat onder particuliere eigenheid moet worden begrepen: “De particuliere eigenheid van de inschrijving houdt verband met de omstandigheden die zich aan de inschrijver voordoen. De inschrijver kan namelijk over specifieke middelen verschillend zoals bijvoorbeeld een hijsstoel in de onmiddellijke nabijheid van de uit te voeren werken of de aanwezigheid van een terrein wanneer het een opdracht aanvaarding betreft. Voor de verantwoording mag de inschrijver zich eveneens beroepen op een verschil in sociale kosten maar alleen voor zover het verschil het gevolg is van een toepassing die een weerslag hebben op de kostprijs van de opdracht of van de betrokken offerte. Het ontwerp beoogt immers niet firma's die hun sociale verplichtingen niet nakemen, een kans te geven op oneerlijke concurrentie. De eigenheid kan ook steunen op het feit dat het bedrijf voor zijn financiering kan instaan en dat het bijgevolg minder zware financiële lasten moet dragen. Hetzelfde geldt voor het verschil in productiviteit of in organisatie van het bedrijf met een weerslag op de kostprijs van de opdracht of van de betrokken inschrijving of nog voor een verschil op fiscaal gebied als gevolg van de toepassing van de wet of van reglementen met een weerslag op het bedrag van de opdracht of van de betrokken inschrijving. De betekenis van de particuliere eigenheid van de betrokken opdracht wordt geïllustreerd in gevallen waarbij het gaat om een raamcontract of een opdracht voor werken die herhaald of verlengd worden. Indien het een variëteit betreft kan die eigenheid schuilen in een bijzondere conceptie of in een ingenieuze aanpas van de werken door de inschrijver.”

20. Verslag aan de Koning bij artikel 25 van het koninklijk besluit van 10 augustus 1985, 12072.

21. Art. 25, § 3, derde lid van het KB van 10 augustus 1985.

22. *BS* 22 januari 1994.

23. Koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, *BS* 26 januari 1996.

24. Artikel 88, § 1 KB van 8 januari 1996 ging als volgt: “In de gevallen van onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking bij de aanvang van de procedure bedoeld in artikel 17, § 2, van de wet moeten de inschrijvers vóór het gunnen van de opdracht, alle nodige inlichtingen verstrekken om het onderzoek van de prijzen mogelijk te maken. Deze bepaling is niet toepasselijk op opdrachten voor courante leveringen of met een bedrag dat niet hoger ligt dan dit bepaald in artikel 120 van dit besluit, tenzij het bestek een andere bepaling inhoudt.” Zie ook A. DELVAUX en C. DEWOLF, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, deel 1B, Confederatie Bouw, 2014, 924-925.



Voor het eerst kon de aanbestedende overheid zich voor de verificatie van de haar verstrekte gegevens inzake de prijzen laten bijstaan door de door haar aangewezen personen die alle verificaties van de boekhoudkundige stukken en alle onderzoeken ter plaatse uitvoerden.²⁵

Artikel 110, § 3, eerste lid van voornoemd KB voorziet de verplichting tot het richten van een verzoek tot prijsverantwoording, indien de aanbestedende overheid zinnens is de offerte te weren, en verduidelijkt dat het aan de inschrijver is om het bewijs te leveren van de verzending van die verantwoordingen.²⁶ Het derde lid van dezelfde bepaling somt een aantal mogelijke verantwoordingen op die in aanmerking kunnen komen om het normale karakter van een prijs aan te tonen. Het koninklijk besluit van 29 september 2009²⁷ heeft deze bepaling aangepast om het in overeenstemming te brengen met de richtlijn 2004/18 in die zin dat de opgesomde verantwoordingen geen limitatief karakter hebben. Het Hof van Justitie²⁸ en de Raad van State bevestigden dit.²⁹

8. De verplichting tot het voeren van een prijzenonderzoek in alle gunningsprocedures, ongeacht de gunningswijze, werd pas wettelijk verankerd met het koninklijk besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren (hierna 'KB van 15 juli 2011')³⁰, en meer bepaald in artikel 21, § 1 daarvan. Deze verplichting gold ook in het kader van een onderhandelingsprocedure.³¹ Ook kon het onderzoek zich voortaan uitstrekken tot de prijzen van onderaannemers en/of hun leveranciers.³² De inschrijver kon zich evenwel ter verantwoording van zijn prijs niet beperken tot een verwijzing naar de prijs van een onderaannemer, vermeerderd met een winstmarge. In dat geval diende hij de prijs van de onderaannemer te verantwoorden.³³

9. Het prijzenonderzoek³⁴ vindt men thans terug in artikel 84 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (hierna 'wet van 17 juni 2016'), op grond waarvan de aanbestedende overheid een prijzen- of kostenonderzoek moet verrichten, en in de artikelen 35 en 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren (hierna 'KB van 18 april 2017'). Deze bepalingen zijn onder meer een omzetting van

artikel 69 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.

Overeenkomstig de artikelen 35 en 36, § 1 van voornoemd KB onderwerpt de aanbestedende overheid de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek. 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.

Tijdens voornoemd onderzoek dient een aanbestedende overheid onder meer na te gaan of bepaalde prijzen in de offerte geen abnormaal karakter vertonen. Dit laatste kadert binnen het onderzoek naar de regelmatigheid van de offerte. Krachtens artikel 36, § 1 KB van 18 april 2017 is duidelijk dat in België de aanbestedende overheid dient na te gaan of bepaalde prijzen niet abnormaal laag of hoog zijn. Op dit vlak gaat de Belgische regelgeving verder dan de Europese regelgeving, nu artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU³⁵ uitsluitend handelt over abnormaal lage inschrijvingen.³⁶

Op grond van artikel 36, § 3, eerste lid KB van 18 april 2017 is ook duidelijk dat de aanbestedende overheid zowel de totaalprijzen van de offertes als de eenheidsprijzen dient te onderzoeken.³⁷ Uit het verslag aan de Koning blijkt eveneens dat artikel 36 in grote mate het voorgaande systeem overneemt. Zowel abnormale eenheidsprijzen als een abnormaal totaalbedrag kunnen elk afzonderlijk de beslissing tot het substantieel onregelmatig verklaren van de offerte schragen.³⁸

10. De verschillende wetswijzigingen hebben getracht ervoor te zorgen dat inschrijvers thans geen offertes met 'zelfmoordprijzen' meer zullen of kunnen indienen, minstens zullen zij hiertoe niet geneigd zijn gelet op de sancties en de waarborgen die in de huidige regelgeving worden voorzien. De wetgever heeft een regeling uitgewerkt die de gelijkheid der inschrijvers en de mededinging optimaal zou moeten vrijwaren en die de inschrijvers zou moeten aansporen 'normale' prijzen in te dienen.

25. Art. 88, § 3 van het KB van 8 januari 1996.

26. Art. 110, § 3, tweede lid van het KB van 8 januari 1996.

27. Koninklijk besluit van 29 september 2009 tot wijziging van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en van sommige koninklijke besluiten tot uitvoering van deze wet, BS 2 oktober 2010.

28. HvJ 27 november 2001, C-286/99, Sciaudone.

29. RvS 23 oktober 2001, nr. 100.084, nv Cosmico e.a.

30. BS 9 augustus 2011.

31. RvS 5 mei 2014, nr. 227.259, bvba Antwerps Architecten Atelier.

32. A. DELVAUX en C. DEWOLF, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, deel 1B, Confederatie Bouw, 2014, 925.

33. Verslag aan de Koning bij artikel 21 van het KB van 15 juli 2011, 44874.

34. In het KB van 8 januari 1996 en het KB van 15 juni 2011 werd nog gesproken van "prijsonderzoek", in plaats van "prijzenonderzoek".

35. 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, Pb.L. 28 maart 2014.

36. Zie ook het verslag aan de Koning bij het KB van 18 april 2017.

37. P. FLAMEY en C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachten. Algemeen deel*, Mechelen, Kluwer, 2017, 846.

38. Zie ook RvS 19 april 2018, nr. 241.259, nv Peeters Dries grond- en infrastructuurwerken.



3. Doelstelling van het prijzenonderzoek

3.1. Algemeen

11. Via artikel 21, § 1 van het KB van 15 juli 2011 voert de Koning voor de eerste maal de plicht in om de prijzen te onderzoeken in alle gunningsprocedures, ongeacht de gunningswijze. Artikel 84 van de wet van 17 juni 2016 nam deze plicht over. Op grond van de zorgvuldigheidsplicht en in het algemeen belang lijkt het ons logisch dat de wetgever een overheid een dergelijke verplichting oplegt. Het begrotingsrecht verplicht overheden immers om zuinig om te gaan met de financiën die men hen ter beschikking stelt.³⁹ Die financiën dienen in het raam van een overheidsopdracht juist om de prijs te betalen.

In het kader van de huidige bijdrage situeert het prijzenonderzoek zich binnen de zoektocht naar abnormale prijzen. Binnen de overheidsopdrachtenregeling heeft die zoektocht eigen doelstellingen. Deze doelstellingen moeten hoofdzakelijk worden gezocht in het EU-recht wat betreft de abnormaal lage prijzen. De Raad van State heeft echter vrij recent duidelijk gemaakt dat de uitgangspunten, en dus waarschijnlijk ook de doelstellingen, verschillend zijn naargelang de aanbestedende overheid een onderzoek doet naar abnormaal hoge of abnormaal lage prijzen.⁴⁰

3.2. Abnormaal hoge prijzen

12. De Belgische regelgever verplicht een aanbestedende overheid na te gaan of een inschrijver geen offerte heeft ingediend met abnormaal hoge prijzen. De Koning voerde deze verplichting voor het eerst in via artikel 25, § 2 van het KB van 22 april 1977.

13. In 1966 noteren FLAMME en consorten dat de rechtspraak inzake abnormaal hoge prijzen eerder schaars is.⁴¹ In 2014 kan hetzelfde worden gelezen in de *Praktische Commentaar*, namelijk dat de meeste ‘abnormaliteiten’ de abnormaal lage prijzen betreffen.⁴² Deze schaarse aanwezigheid lijkt ook vrij logisch. Meestal is de prijs minstens een van de gunningscriteria. Met een te hoge inschrijvingsprijs zet de inschrijver zich buitenspel. Schijnbaar schreven

vroeger niet-geïnteresseerde aannemers met hoge prijzen in omdat ze via hun aanwezigheid hun reputatie trachtten hoog te houden.⁴³

Te hoge eenheidsprijzen of globale prijzen kunnen wijzen op een manipulatie vanwege de inschrijver of inschrijvers. Zo is er bijvoorbeeld het systeem van frontloading. Het gaat om een techniek die “*ofwel bestaat uit het abnormaal opdrijven van de prijzen van de posten die eerst dienen uitgevoerd te worden en waarbij deze abnormaal hoge prijzen voor deze posten tegelijkertijd worden gecompenseerd door het drukken van de prijzen van de werken die niet, of pas in later stadium zullen uitgevoerd worden, ofwel bestaat uit het hanteren van prijzen die op zich weliswaar normaal zijn, doch waarbij de posten zodanig worden gemanipuleerd dat de kosten, die normaal over verschillende posten dienen verdeeld te worden, geconcentreerd worden in de posten die het eerst zullen gerealiseerd worden*”.⁴⁴ Bepaalde te hoge eenheidsprijzen kunnen hier wijzen op een manipulatie. Hoge prijzen bij alle inschrijvers kunnen een aanduiding van kartelvorming zijn.⁴⁵

In al deze gevallen dient de aanbestedende overheid te veel geld te betalen. Doelstelling is dan ook om dit te vermijden. Bij het onderzoek naar te hoge prijzen is de vraag aan de orde of de aanbestedende overheid voor de behoorlijke uitvoering van de opdracht niet aanzienlijk boven de marktprijs gaat betalen.⁴⁶ Volgens bepaalde rechtsleer heeft het onderzoek naar abnormaal hoge prijzen eerder als doelstelling de overheid te behoeden voor een onvolmaakte uitoefening.⁴⁷

3.3. Abnormale lage prijzen

14. Het onderzoek naar abnormaal lage prijzen heeft hoofdzakelijk tot doel de aanbestedende overheid te beschermen.⁴⁸ Zij gaat daarbij na of de voorgestelde prijs de inschrijver wel in staat stelt om de opdracht op een kwalitatieve wijze uit te voeren.⁴⁹ Het verslag van de Koning bij het KB van 14 oktober 1964 stelt dat fantasieprijzen een schadelijke invloed zouden hebben op de uitvoering van de aanneming.⁵⁰

3.4. Besluit

15. Besluitend kunnen de auteurs in het raam van de doelstellingen van het hele systeem nog het best

39. S. TERRAS, “De algemene beginselen van behoorlijk bestuur: de zuinigheidsplicht, het beginsel van doelmatig en economisch bestuur”, *Jura Falc.* 1993-1994, 446.

40. RvS 10 juli 2018, nr. 242.091, nv VBG; RvS 28 februari 2019, nr. 243.853, nv Heyman-De Roeck.

41. M.-A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME en C. DARDENNE, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, deel IA, Brussel, Nationale Confederatie van het Bouwbedrijf, 1997, 1086, nr. 42.

42. A. DELVAUX en C. DEWOLF, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, deel IB, Confederatie Bouw, 2014, 931, nr. 11.

43. D. BATSELE, P. FLAMME en P. QUERTAINMONT, *Initiation aux marchés publics*, Brussel, Bruylant, 1999, 127-128.

44. P. FLAMEY en E. DESAIR, “De techniek van ‘Front loading’ en het toezicht van de Raad van State op de beoordeling door het Bestuur van abnormale prijzen”, *T. Aann.* 1996, 72.

45. Cfr. RvS 1 april 2014, nr. 226.987, bvba P.L.V. Van Gestel.

46. RvS 10 juli 2018, nr. 242.091, nv VBG.

47. A. DELVAUX, C. DEWOLF et al., *Praktische Commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, deel IA, zevende uitgave, Brussel, Nationale Confederatie van het Bouwbedrijf, 2014, 422-423, nr. 11.

48. A. SANCHEZ CRAELK, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford, Hart Publishing, 2015, 402 en vn. 559.

49. RvS 26 februari 2017, nr. 222.625, nv Batiments et Construction.

50. *Pos.* 1964, 1512.



verwijzen naar een Franstalig arrest van de Raad van State, recent ook aangehaald door het hof van beroep te Brussel: *“L’objectif de cette réglementation sur le contrôle des prix anormaux est double: d’une part, protéger le pouvoir adjudicateur en lui permettant de s’assurer que le prix offert par les soumissionnaires permet réellement d’exécuter les obligations qui résultent du cahier spécial des charges et d’exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics; d’autre part, protéger les exigences d’une saine concurrence en évitant que le pouvoir adjudicateur avalise des comportements contraires à une saine concurrence et que des marchés publics soient finalement attribués à des soumissionnaires ayant remis des prix fantaisistes qui faussent, de ce fait, le jeu normal de la concurrence”*.⁵¹

4. Het prijzen- en kostenonderzoek

16. Uit artikel 33 van het KB van 18 april 2017 vloeit voort dat het prijzen- en kostenonderzoek plaatsvindt na de verbetering van de offertes overeenkomstig artikel 34 van het KB van 18 april 2017.⁵² Deze verbetering heeft betrekking op vastgestelde rekenfouten en zuiver materiële fouten in de opdrachtdocumenten en de offertes. Ten aanzien van de algemene leer inzake de regelmatigheid van de offertes voorziet de toepasselijke regelgeving geen chronologie. Bijgevolg kan een aanbestedende overheid kiezen wat zij het eerst onderzoekt. Het prijzen- of kostenonderzoek gaat wel het onderzoek naar de aanwezigheid van schijnbaar abnormale prijzen of kosten vooraf.

Alvorens een aanbestedende overheid een prijs als abnormaal beschouwt, moet zij eerst een hele procedure doorlopen. Doorheen deze procedure neemt zij verschillende beslissingen.

17. Het kader voor deze beslissingen wordt gevonden in de artikelen 33, 35 en 36 van het KB van 18 april 2017. Voornoemd KB maakt een onderscheid tussen twee fasen bij het voeren van het prijzenonderzoek, waarin de voornoemde beslissingen door de aanbestedende overheid dienen te worden genomen. Meer bepaald, tijdens de eerste fase, het algemeen prijzenonderzoek genaamd, dient de beslissing tot het opstarten van een prijzenonderzoek en de beslissing om bepaalde prijzen als blijkbaar abnormaal te beschouwen, te worden genomen. Het algemeen prijzenonderzoek vindt haar grondslag in artikel 35, samengelezen met artikel 76 van het KB van 18 april 2017.

Nadien volgt de tweede fase van het prijzenonderzoek, het bijzonder prijzenonderzoek, zoals neergelegd in artikel 36 van het KB van 18 april 2017, waarin de beslissing tot het abnormaal karakter van de prijzen en de beslissing aangaande de onregelmatigheid van de inschrijving ten gevolge van de abnormale prijzen, zich situeren. Het prijzenonderzoek bevat zowel het onderzoek naar het al dan niet abnormaal laag of hoog karakter van de eenheidsprijzen als de totaalprijs van de offerte.

18. De structuur van de huidige bijdrage is gebaseerd op de chronologie die een overheid tijdens het prijzenonderzoek hanteert. De auteurs bespreken eerst het algemeen prijzenonderzoek (4.1.) en gaan vervolgens over tot een bespreking van het bijzonder prijzenonderzoek (4.2.).

4.1. Het algemeen prijzenonderzoek

4.1.1. Wettelijke verplichting tot het voeren van een prijzen- en kostenonderzoek

19. Zoals hierboven reeds gezegd, was een algemene verplichting tot het voeren van een prijzenonderzoek niet expliciet verankerd in het KB van 8 januari 1996.⁵³ Evenwel leidde de rechtsleer een dergelijke verplichting af uit de beginselen van gelijke behandeling en eerlijke mededinging. De gelijkheid der inschrijvers zou immers in het gedrang komen 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.⁵⁴

Ook de Raad van State oordeelde – en oordeelt nog steeds – in die zin en erkent (impliciet) het verplicht karakter van het prijzenonderzoek. De Raad stelt immers dat de controle op het normaal karakter van de prijzen onderdeel uitmaakt van het regelmatigheidsonderzoek en bijgevolg steeds moet worden uitgevoerd⁵⁵: *“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”*.⁵⁶

Deze verplichting geldt des te meer wanneer de aanbestedende overheid wordt geconfronteerd met extreme prijsverschillen. In dat geval mag zij niet, zonder de grenzen van een zorgvuldige

51. RvS 19 augustus 2016, nr. 235.628, SA Bureau D’études Greisch aangehaald in Brussel 28 februari 2019, Algemene Belgische Schoonmaakunie/vzw Village n°1 Entreprises.
 52. N. KIEKENS, “Beoordeling en vergelijking van de offertes” in D’HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2009, 741.
 53. 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.
 54. D. D’HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 1997, 521.
 55. RvS 5 april 2011, nr. 212.444, de nv Aclagro; RvS 21 oktober 2011, nr. 215.934, de nv Indurope Handy Tools; RvS 27 juni 2013, nr. 224.168, la ville de Nivelles en RvS 16 september 2014, nr. 228.379, de nv Aswebo.
 56. RvS 5 februari 2015, nr. 230.118, Aclagro; RvS 21 december 2017, nr. 240.267, nv Van Hulle Paul Grondwerken.



beoordelingsbevoegdheid te buiten te gaan, nalaten een prijzenonderzoek te voeren.⁵⁷

20. Met het KB van 15 juli 2011 werd in artikel 21, § 1 de verplichting voor de aanbestedende overheid om in alle gunningsprocedures een prijzenonderzoek te voeren, wettelijk verankerd.⁵⁸

21. Thans vindt men deze verplichting terug in de artikelen 33, 35 en 36 van het KB van 18 april 2017⁵⁹, die de uitvoering vormen van artikel 84 van de wet van 17 juni 2016. Op grond van deze bepalingen moet de aanbestedende overheid de ingediende offertes aan een prijzen- of kostenonderzoek onderwerpen. Aldus heeft de aanbestedende overheid geen discretionaire beoordelingsbevoegdheid wat betreft de beslissing tot het al dan niet opstarten van een prijzenonderzoek. Zeer recent heeft de Raad van State dit nogmaals expliciet erkend.⁶⁰

4.1.2. Het prijzenonderzoek als onderdeel van het regelmatigheidsonderzoek

22. De aanbestedende overheid, die met naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel wil handelen, heeft de plicht om de regelmatigheid van een offerte na te gaan. Deze verplichting ligt vervat in artikel 83 van de wet van 17 juni 2016, en wordt nader uitgewerkt in artikel 76, § 1 van het KB van 18 april 2017.

Het begrip ‘regelmatigheid’ van de offerte omvat het ‘voldoen’ van de offerte aan de eisen, voorwaarden en criteria vermeld in de aankondiging van de opdracht of in de opdrachtdocumenten. De regelmatigheid is echter een ruimer begrip, aangezien dit onderzoek ook betrekking heeft op de naleving van de voorschriften van de wet van 17 juni 2016 en het KB van 18 april 2017, alsook op de naleving van het arbeids-, sociaal en milieurecht.⁶¹ Het regelmatigheidsonderzoek omvat ook de controle van de prijzen.

4.1.3. Wat is een abnormale prijs?

23. Noch de Europese, noch de Belgische wetgever heeft voorzien in een definitie van het begrip ‘abnormale prijs’. Nochtans is het van belang voor de aanbestedende overheid om te weten wanneer een prijs abnormaal is.

De rechtsleer neemt aan dat het om een Europees-rechtelijk concept gaat⁶², waarbij de lidstaten in voorkomend geval de methode inzake de identificatie van abnormale prijzen verder moeten reguleren.⁶³ Bij gebrek aan een wettelijke definitie is het eventueel aan de rechtspraak, om invulling te geven aan het begrip ‘abnormale prijs’ en dit in overeenstemming met het Europees recht.

24. Een abnormale prijs mag niet worden verward met een onaanvaardbare prijs. Een prijs zou onaanvaardbaar kunnen zijn omdat deze bijvoorbeeld het verwachte prijsniveau overstijgt, zonder dat de offerte daarom als onregelmatig moet worden beschouwd.⁶⁴ Bij een onaanvaardbare prijs is de aanbestedende overheid niet verplicht om de inschrijvers te onderwerpen. Deze begrippen moeten duidelijk van elkaar worden onderscheiden nu zij elk hun eigen doelstelling hebben.⁶⁵

25. Ook de vergoeding die door de inschrijver wordt geboden, mag niet worden verward met een abnormale prijs in de zin van artikel 36 van het KB van 18 april 2017. De Raad van State heeft in dat kader geoordeeld dat het niet gaat om de prijs die door de aanbestedende overheid aan de inschrijver wordt betaald als tegenprestatie om het gebouw te kunnen ontwikkelen, vermarkten en uitbaten.⁶⁶ Een dergelijke vergoeding kan dan ook niet als een prijs worden beschouwd die abnormaal hoog of laag kan zijn.⁶⁷ Een vergoeding is geen prijs.⁶⁸

26. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie moet het begrip strikt worden ingevuld.⁶⁹ Het Hof

57. RvS 13 februari 2012, nr. 217.922, de bvba D.S.; RvS 21 februari 2012, nr. 218.139, de bvba Wdog Architecten; RvS 23 februari 2012, nr. 218.182, de nv De Clercq Aannemingen Bouw en Wegenbouw; RvS 23 februari 2012, nr. 218.184, de nv Traffic Services; RvS 27 februari 2012, nr. 218.210, de nv Weg en Bouw (WEGEBO); RvS 10 april 2012, nr. 218.840, de nv Intrum; RvS 3 mei 2012, nr. 219.144, de nv Clock-o-matic; RvS 3 mei 2012, nr. 219.168, de bvba Buro Center; RvS 31 oktober 2013, nr. 225.299, de nv Vanheede Environmental Logistics; RvS 25 maart 2014, nr. 226.872, de nv Monument Vandekerckhove; RvS 1 april 2014, nr. 226.987, de bvba P.L.V. Van Gestel; RvS 10 juli 2014, nr. 228.052, bvba P.L.V. Van Gestel en RvS 16 oktober 2014, nr. 228.769, bvba P.L.V. Van Gestel.

58. 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.

59. Art. 41, 43 en 44 KB 18 april 2017 (speciale sectoren).

60. RvS 11 juni 2019, nr. 244.759, de bvba Yes. Zie ook RvS 7 juni 2018, nr. 241.725, Smets; RvS 29 november 2018, nr. 243.089, nv Ethias.

61. Verslag aan de Koning bij het KB van 18 april 2017, 55376.

62. A.S. GRAELLS, “Rejection of abnormally low and non-compliant tenders in EU public procurement: A comparative view on selected jurisdictions”, 11 april 2013, *European Procurement Law Series*, vol. 6.

63. A.S. GRAELLS, “Rejection of abnormally low and non-compliant tenders in EU public procurement: A comparative view on selected jurisdictions”, 11 april 2013, *European Procurement Law Series*, vol. 6.

64. A. DELVAUX en C. DEWOLF, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, deel 1B, Confederatie Bouw, 2014, 927.

65. RvS 16 augustus 2007, nr. 173.992, Kumpen. Zie over onaanvaardbare prijzen S. VAN GARSSSE, “Wijze van gunnen” in D’HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2009, 272-274.

66. RvS 9 februari 2017, nr. 237.332, bvba Versluys Bouwgroep e.a.; RvS 9 februari 2017, nr. 237.333, bvba 3D Domestic Projects; RvS 30 oktober 2018, nr. 242.833, nv Antwerp Recycling Company.

67. RvS 12 september 2017, nr. 239.056, SPRL Clear Channel.

68. De Raad van State omschrijft een prijs als volgt: “le ‘prix’ est une des formes de contrepartie dont peut bénéficier l’attributaire d’un marché public en échange des prestations qu’il assure dans le cadre de celui-ci, le montant de cette contrepartie devant notamment permettre de garantir la bonne fin de l’exécution du marché”. RvS 12 september 2017, nr. 239.056, SPRL Clear Channel.

69. HvJ 26 oktober 1955, C-143/94, Furlanis Construzioni Generali Spa/Anas.



wijst vooral op het al dan niet ernstig karakter van de inschrijving om een bepaalde prijs als abnormaal te kwalificeren. Meer bepaald, in de zaak *SECAP SpA tegen Comune di Torino*, stelt het Hof dat de inschrijvers die abnormaal lage inschrijvingen hebben ingediend, de mogelijkheid moeten hebben om te bewijzen dat deze betrouwbaar en serieus zijn.⁷⁰ Uit de bijhorende conclusie van advocaat-generaal COLOMER volgt dat het onmogelijk is om te bepalen wat een ‘abnormale prijs’ uitmaakt. Hij stelt dat “het begrip ‘abnormaal lage inschrijving’ [...] geen abstract begrip [is]; de inhoud ervan wordt integendeel bepaald door de te gunnen opdracht en het uit te voeren werk. Het voldoet derhalve aan de kenmerken van een onbepaald rechtsbegrip, a priori vaag, doch voorzienbaar op basis van de bijzonderheden van het voorwerp van de opdracht.”⁷¹

27. Volgens de Raad van State is het duidelijk dat een zeer lage eenheidsprijs ten opzichte van de andere voorgestelde prijzen voor dezelfde post geen normale prijs is: “*Même si cette notion de ‘prix normal’ demeure relativement floue, il est en tout cas clair qu’un prix unitaire très bas au regard des autres prix proposés pour le même poste dans le cadre de l’attribution du marché ne peut être considéré comme ‘normal’, au seul motif que le soumissionnaire sait ou présuppose qu’il devra prester peu de services pour ce poste.*”⁷²

28. ARROWSMITH wijst op het feit dat abnormaal lage offertes inschrijvingen zijn die niet realistisch zijn, waar er een redelijk risico bestaat 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 als het om offertes gaat waarbij de overheid zou worden gedwongen bepaalde risico’s te nemen die de overheid niet bereid is te nemen.⁷³

Volgens GHEYSENS en VAN GARSSE zijn abnormale prijzen “prijzen of zouden prijzen moeten zijn die de ernst aan een offerte ontnemen. (...) 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.”⁷⁴

DELVAUX en DEWOLF stellen de volgende definitie voorop: “*is een abnormale offerte: deze die men eerst gewoon ‘verdenkt’ niet normaal te zijn, wat achteraf wordt bevestigd door het feit dat de betrokken inschrijver niet in staat blijkt de verdachte prijs (prijzen) te rechtvaardigen, hetzij door de originaliteit van de werken, producten of diensten, hetzij door uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarover hij beschikt om de werken uit te voeren*”.⁷⁵

Volgens KIEKENS is een abnormaal lage prijs deze waarmee een inschrijver een offerte indient met een lagere prijs dan wat voor hem en voor de markt mogelijk is, terwijl een abnormaal hoge prijs deze is waardoor de betrokken inschrijver een disproportioneel winstvoordeel zou bekomen.⁷⁶

Het begrip ‘abnormale prijzen’ is moeilijk abstract te definiëren. De invulling van dit begrip is te afhankelijk van het voorwerp van de opdracht. In elk geval is er ons inziens sprake van een abnormale prijs als ofwel het algemeen belang van de overheid in het gedrang komt, ofwel het beginsel van de gelijke behandeling zou zijn geschonden. Als een voorgestelde prijs niet in staat is om voor de overheid een minimale kwalitatieve uitvoering te garanderen, komt het algemeen belang in het gedrang. Indien een onderneming economisch niet leefbaar is op grond van de prijzen die zij voorstelt, wendt zij iets voor en dient zij eigenlijk iets in wat niet te vergelijken valt met een ‘normale’ offerte.

4.1.4. De identificatie van schijnbaar abnormale prijzen

29. Nadat de aanbestedende overheid heeft beslist het prijzenonderzoek op te starten, moet zij nagaan of de prijzen die door de inschrijvers werden opgegeven abnormaal hoog of abnormaal laag zijn. Zij beschikt daarbij over een ruime discretionaire bevoegdheid. In het raam van het onderzoek naar het abnormaal karakter van de prijzen gaat de aanbestedende overheid in de eerste plaats na of de prijzen *schijnbaar* abnormaal zijn.⁷⁷ De wetgever heeft echter niet verduidelijkt hoe dit onderzoek moet gebeuren.

In ieder geval volgt uit de rechtspraak van de Franstalige Kamers van de Raad van State dat het onderzoek post per post moet gebeuren⁷⁸ en dat elke post normaal moet worden bevonden.⁷⁹

70. HvJ 15 mei 2008, C-147/06, Secap Spa.

71. Conclusie van Adv. Gen. COLOMER van 27 november 2007 in de gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06, SECAP SpA, overw. 38.

72. RvS 2 juli 2014, nr. 227.960, SPRL Maintenance Industrielle Wallonne, en abrégé M.I.W.

73. S. ARROWSMITH, *The Law of Public Procurement and Utilities Procurement*, Londen, Sweet & Maxwell, 2014, 802.

74. B. GHEYSENS en S. VAN GARSSE, “Abnormale prijzen bij overheidsopdrachten: overheden tussen hamer en aambeeld”, *TBO* 2015, 238. Zij verwijzen hierbij naar een arrest van Franstalige Kamer van de Raad van State die overwoog als volgt: “*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*” (RvS 16 december 2005, nr. 152.843, S.A. Modal Voice Networks en Rvs 4 mei 2012, nr. 219.175, La Société Anonyme Ecoterras e.a.).

75. A. DELVAUX en C. DEWOLF, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, deel 1B, Confederatie Bouw, 2014, 927.

76. N. KIEKENS, “Beoordeling en vergelijking van de offertes” in D’HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2009, 793.

77. Zie art. 36, § 1 KB 18 april 2017.

78. RvS 17 februari 2014, nr. 226.447, SA Galere et SA Betonac.

79. RvS 2 juli 2014, nr. 227.960, SPRL Maintenance Industrielle Wallonne, en abrégé M.I.W.



4.1.4.1. Discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende overheid

30. Wegens gebrek aan definitie van het begrip ‘abnormale prijzen’, komt de kwalificatie als al dan niet schijnbaar abnormale prijs en de waarde die wordt gehecht aan de eventuele verantwoordingen toe aan de aanbestedende overheid. Zij beschikt in dat kader over een ruime discretionaire bevoegdheid.⁸⁰ Wanneer de opdracht betrekking heeft op intellectuele diensten wordt aangenomen dat deze beoordelingsbevoegdheid ruimer is aangezien die diensten voor een inschrijver een ruime marge bij de prijszetting lijken te bieden.⁸¹ De rechter mag zich hierbij dan ook niet in de plaats stellen van de aanbestedende overheid, behoudens in geval van een manifeste beoordelingsfout.⁸²

31. De discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende overheid wordt begrensd door het zorgvuldigheidsbeginsel⁸³ en het gelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur. In de beoordeling omtrent het gegeven of de offertes abnormaal lage prijzen bevatten, moet de aanbestedende overheid haar controle immers zorgvuldig uitoefenen, met inachtneming van het beginsel van gelijkheid tussen inschrijvers.⁸⁴ COOREMAN en THIEL wijzen hierbij de aandacht erop dat “*het niet opgaat om aan een inschrijver een prijsverantwoording te vragen en aan een andere niet, wanneer er duidelijk sprake is van een gelijkaardige abnormaliteit*”.⁸⁵ De Raad van State bevestigt dit in zijn rechtspraak.⁸⁶

De overheid kan zich baseren op vooraf vastgestelde criteria om te bepalen of een prijs schijnbaar abnormaal is. Die criteria moeten wel zorgvuldig worden opgesteld, wat te dezen betekent dat de overheid de gelijke behandeling van de inschrijvers waarborgt en de nodige transparantie biedt.⁸⁷

4.1.4.2. Beoordelingselementen voor de identificatie

32. Het mag duidelijk zijn dat het voor de aanbestedende overheid geen evidente opdracht is om een bepaalde prijs als schijnbaar abnormaal te bestempelen. Deze opdracht is des te complexer wanneer er slechts twee geselecteerde inschrijvers zijn.⁸⁸ Niettemin mag dit er niet toe leiden dat er dan maar geen zorgvuldig prijzenonderzoek dient te gebeuren.⁸⁹ Zoals reeds hoger gezegd, is de aanbestedende overheid wettelijk verplicht tot het voeren van een dergelijk onderzoek.⁹⁰

33. De aanbestedende overheid kan zich bij het onderzoek naar vermoedelijk abnormaal lage of hoge prijzen baseren op verschillende beoordelingselementen en kan zich tevens laten bijstaan door een externe adviseur.⁹¹

Zo bijvoorbeeld kan de aanbestedende overheid zich baseren op de werking van de markt om te bepalen welke prijzen als normaal kunnen worden gekwalificeerd.⁹²

Zij kan ook terugvallen op de prijzen van vergelijkbare opdrachten⁹³ of kan rekening houden met door een inschrijver reeds geleverde en vergoede prestaties in het kader van eerdere opdrachten. Daarbij dient dan wel een en ander op afdoende concrete wijze te blijken uit de daarop betrokken opgegeven motivering of uit het dossier.⁹⁴

Verder vormt ook de raming van de waarde van de opdracht door de aanbestedende overheid in beginsel een objectief en relevant vergelijkingspunt.⁹⁵ Het is niet uitgesloten de raming te hanteren als referentiepunt voor het bepalen van het schijnbaar abnormale karakter van prijzen, indien de raming van de opdracht min of meer realistisch is.⁹⁶ Echter, het loutere feit dat de globale prijzen afwijken van de raming, is op het eerste gezicht niet van aard om een zorgvuldige overheid te verplichten prijsverantwoordingen te vragen van de inschrijvers wanneer deze afwijking geldt voor de prijzen van alle inschrijvers.⁹⁷ Wanneer

80. RvS 20 augustus 2009, nr. 195.587, nv Cei Construct; RvS 16 september 2014, nr. 228.379, nv Aswebo. Zie ook RvS 31 juli 2014, nr. 228.146, Sita Waste Services; RvS 3 maart 2014, nr. 226.596, B&R Bouw & Renovatie.
 81. RvS 4 mei 2016, nr. 234.648, bvba Architectenburo Jef Van Oevelen bv.
 82. Luik 19 oktober 2010, OoO 2013/1, 130-131.
 83. Zie hierover J. HONNAY, “De toepassing van de regeling inzake abnormale prijzen: hoe zorgvuldig moet een aanbestedende overheid zijn?”, *T.Aann.* 2011, 254-261.
 84. RvS 28 augustus 2012, nr. 220.486, nv SBE/T.W.; RvS 12 mei 2011, nr. 213.205, nv Frans Maes.
 85. 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”, OoO 2012/3, 339.
 86. RvS 21 maart 2002, nr. 105.003, nv Bouwbedrijf VMG-De Cock.
 87. RvS 13 december 2018, nr. 243.217, nv Bouwbedrijf VMG-De Cock.
 88. RvS 4 januari 2018, nr. 240.346, nv VIGO.
 89. RvS 24 januari 2017, nr. 237.127, nv Shanks Belgium.
 90. RvS 11 juni 2019, nr. 244.759, de bvba Yes.
 91. RvS 16 mei 2017, nr. 238.203, bvba Wegrosan/HMVT e.a.
 92. N. KIEKENS, “Beoordeling en vergelijking van offertes” in D’HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2009, 793.
 93. RvS 19 december 2013, nr. 225.894, nv Janssens.
 94. RvS 18 mei 2017, nr. 238.247, nv Artes Roegiers.
 95. RvS 13 mei 2014, nr. 227.347, bvba Virus; RvS 5 september 2017, nr. 238.997, vzw Bodemkundige dienst van België.
 96. RvS 27 juni 2013, nr. 224.156, nv Deme Environmental Contractors; RvS 1 april 2014, nr. 226.988, de nv Aannemingsbedrijf L. Janssens; RvS 5 september 2017, nrs. 239.997 t.e.m. 239.002, vzw Bodemkundige dienst van België.
 97. RvS 26 augustus 2010, nr. 206.993, cvba Profiel; RvS 19 april 2011, nr. 212.691, nv Fabricom.



de raming bovendien foutief lijkt te zijn, heeft dat niet automatisch tot gevolg dat de aanbestedende overheid een manifeste beoordelingsfout heeft begaan.⁹⁸

De aanbestedende overheid kan de prijzen ook vergelijken met de prijzen die door de overige inschrijvers werden opgegeven⁹⁹, en met de gangbare prijzen.¹⁰⁰ Eveneens kan de aanbestedende overheid vertrekken van de gemiddelde prijs van de offertes.¹⁰¹ Echter kan deze laatste prijs op zichzelf niet als determinerend beoordelingselement gelden.¹⁰²

De Raad van State aanvaardt ook een indicatie van abnormaliteit wanneer de prijs per uurloon die de aanbestedende overheid aan de gekozen aannemer moet betalen, onder het door het bevoegde paritaire comité vastgestelde loon ligt. Dit gegeven had de aanbestedende overheid ertoe moeten aanzetten de bieding van de gekozen inschrijver voor deze post aan een nader onderzoek te onderwerpen.¹⁰³

Eerder zelden sanctioneert de Raad van State de beslissing van een administratieve overheid die oordeelt dat een prijs niet schijnbaar abnormaal is.¹⁰⁴ Meestal is dit het geval wanneer er grote verschillen zijn tussen de prijzen. In dat geval lijkt de Raad de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid te beperken.¹⁰⁵

4.1.4.3. Zowel abnormaal lage als hoge prijzen

34. Hoewel een abnormaal hoge prijs minder voorkomt dan een abnormaal lage inschrijvingsprijs, strekt het onderzoek zich niettemin ook uit tot deze prijzen.

Een voorbeeld van een abnormaal hoge prijs is het geval waarin een uittrekkende dienstverlener een transitiekost aanrekent die bijna even hoog is als de nieuwe dienstverlener, die de werkzaamheden van die dienstverlener overneemt.¹⁰⁶

Ook een hoge arbeidskost, verspreid over de diverse posten van de opdracht, kan door een normaal zorgvuldige aanbestedende overheid in aanmerking worden genomen als element om een hoge totaalprijs

te kunnen verklaren. Het staat een inschrijver vrij om een duurdere besteksconforme uitvoeringswijze te kiezen, weze het op het risico de opdracht mis te lopen wegens te duur. Die keuze levert de gekozen inschrijver een concurrentieel nadeel op, maar geen onregelmatige offerte.¹⁰⁷

4.1.4.4. Vermoeden van abnormale prijzen

35. Verder in deze bijdrage zal blijken dat het Hof van Justitie een mathematische benadering van een uitsluitingscriterium afwijst.¹⁰⁸ Echter voorziet het KB van 18 april 2017 in zijn artikel 36, § 4 toch een uitzondering op dit verbod. De uitzondering is relatief, in die zin dat de aanbestedende overheid de offerte niet meteen als substantieel onregelmatig moet weren, maar verplicht is een prijsverantwoording te richten voor elke offerte in een fraudegevoelige sector, geplaatst bij openbare of niet-openbare procedure, waarvan het totale offertebedrag minstens vijftien procent onder het gemiddelde bedrag van de door de inschrijvers ingediende offertes ligt of wanneer het gewicht van de prijs minstens vijftig procent van de gunningscriteria uitmaakt. In tegenstelling tot het KB van 15 juli 2011 werd deze verplichting uitgebreid tot de opdrachten voor diensten in een fraudegevoelige sector en tot de opdrachten waarvan het gewicht van de prijs minstens vijftig procent van de gunningscriteria uitmaakt.¹⁰⁹

De voornoemde verplichting, neergelegd in artikel 36, § 4, geldt enkel wanneer de economisch meest voordelige offerte geëvalueerd wordt op basis van de prijs of op basis van de beste prijskwaliteitsverhouding waarbij het prijscriterium ten minste vijftig procent uitmaakt van het totaal gewicht van de gunningscriteria. Ook wanneer het gewicht van de prijs minstens vijftig procent van de gunningscriteria uitmaakt, wordt dit percentage vastgelegd op vijftien procent. De aanbestedende overheid kan hiervan evenwel afwijken in de opdrachtdocumenten en aldus een hoger percentage voorzien. Op die manier wordt aan de aanbestedende overheid de mogelijkheid geboden om het percentage te bepalen in functie van de aard en de karakteristieken van de opdracht.¹¹⁰

98. RvS 21 maart 2017, nr. 237.722, vzw Max Mobiel; RvS 5 september 2017, nrs. 239.997 t.e.m. 239.002, vzw Bodemkundige dienst van België; RvS 26 oktober 2017, nr. 239.650, SA Ondernemingen Jan De Nul e.a.

99. Gent 9 maart 2012, OoO 2013/1, 134.

100. RvS 3 januari 2012, nr. 217.103, nv Lampiris.

101. RvS 26 maart 2013, nr. 222.983, nv Securitas.

102. RvS 24 september 2013, nr. 224.797, nv ISS.

103. RvS 27 oktober 2015, nr. 232.730, nv Mourik; RvS 9 februari 2017, nr. 237.332, bvba Versluys Bouwgroep e.a.; RvS 9 februari 2017, nr. 237.333, bvba 3D Domestic Projects.

104. Voor een recent voorbeeld, zie RvS 11 juni 2019, nr. 244.759, de bvba Yes.

105. Zie ook RvS 5 juni 2018, nr. 241.714, nv Servitex; RvS 29 november 2018, nr. 243.089, nv Ethias.

106. RvS 1 december 2015, nr. 233.112, SA Rcarre.

107. RvS 10 juli 2018, nr. 242.091, nv VBG.

108. Voor een bespreking van het mathematisch criterium verwijzen de auteurs naar p. 38 en volgende van de huidige bijdrage.

109. Verslag aan de Koning bij het KB 18 april 2017, 55356. Het verslag aan de Koning verduidelijkt hierbij dat deze uitbreiding kadert in de context van de strijd tegen de sociale dumping: "De uitbreiding van de voormelde verplichting kadert in de context van de strijd tegen de sociale dumping. Er wordt immers vaak vastgesteld dat de factor 'loon' een niet onbelangrijk onderdeel voorstelt in arbeidsintensieve sectoren. Voor zover nuttig, wordt herinnerd aan het feit dat de sociale dumping zich vooral voordoet in de arbeidsintensieve sectoren, waar een sterke prijsconcurrentie heerst en waar misbruiken heersen ten opzichte van de Europese detachingsregels (buitenlandse arbeiders met lonen die de Belgische minimale vereisten niet eerbiedigen, ..."

110. Verslag aan de Koning bij het KB 18 april 2017, 55357.



Niettemin geeft het verslag aan de Koning een aantal richtsnoeren ter bepaling van dit percentage, die gelden bij wijze van voorbeeld. Zo zal in principe slechts een licht verhoogd percentage nodig zijn wanneer het gewicht van het prijscriterium sterk doorweegt ten opzichte van de andere criteria (bijvoorbeeld 90 % voor het prijscriterium). Wanneer het criterium prijs aanleunt bij de vijftig procent, zou het percentage dat in aanmerking wordt genomen aanzienlijk hoger kunnen liggen. Zelfs al worden percentages hoger dan dertig procent niet verboden, deze zullen doorgaans genomen minder aangewezen zijn. Vanzelfsprekend hangt de bepaling van het gepaste percentage af van de aard en karakteristieken van de opdracht. Zodoende wordt de bepaling van het gepaste percentage overgelaten aan de keuze van de aanbestedende overheid.¹¹¹

36. Het KB van 18 april 2017 stelt voor de berekening van de vijftienprocentdrempel twee berekeningswijzen voorop. Indien het aantal offertes gelijk is aan of groter dan zeven, wordt dit berekend door zowel de laagste offerte uit te sluiten als de hoogste offertes die samen een vierde van het aantal ingediende offertes vormen. Indien dit aantal niet deelbaar is door vier, wordt het vierde naar de hogere eenheid afgerond. Indien het aantal offertes echter lager ligt dan zeven, dient de aanbestedende overheid de laagste en de hoogste offerte uit te sluiten.¹¹²

4.2. Het bijzonder prijzenonderzoek

4.2.1. De schijnbaar abnormale prijzen en het verzoek tot prijsverantwoording

37. Eens de aanbestedende overheid heeft vastgesteld dat een bepaalde prijs schijnbaar abnormaal is, dus na afronding van het algemeen prijzenonderzoek, vat de tweede fase van het prijzenonderzoek aan, meer bepaald het bijzonder prijzenonderzoek. Het betreft hier de zogenaamde verificatieprocedure, zoals deze ook in het Europese aanbestedingsrecht is te vinden.

4.2.1.1. Verplichting tot het richten van een verzoek tot prijsverantwoording

38. Zowel in toepassing van het KB van 8 januari 1996 als het KB van 15 juli 2011 was er voor de aanbestedende overheid enkel een verplichting om een prijsverantwoording te vragen als zij een offerte wegens haar schijnbaar abnormaal karakter wenste te weren. Artikel 21, § 3, tweede lid van het KB 15 juli 2011 bepaalde: “*Als de aanbestedende overheid bij het prijsonderzoek vaststelt dat in een offerte een prijs wordt*

geboden die abnormaal laag of abnormaal hoog lijkt in verhouding tot de te uit te voeren prestaties en alvorens die offerte om die reden te weren, verzoekt ze de inschrijver in kwestie per aangetekende brief om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de prijs in kwestie te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt”. Wanneer de aanbestedende overheid de offerte niet wilde weren ondanks het schijnbaar abnormaal karakter, was er geen verplichting om een vraag tot prijsverantwoording te stellen.¹¹³

39. In het KB van 18 april 2017 vindt men dienaangaande de volgende bepaling: “*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.*”¹¹⁴

De vraag rijst of de aanbestedende overheid nog de mogelijkheid heeft om geen prijsverantwoording te vragen als zij de offerte niet wenst te weren in geval van een schijnbaar abnormale prijs. Immers, de zinsnede uit artikel 21, § 3 van het KB van 15 juli 2011 “*alvorens die offerte om die reden te weren*” is niet meer terug te vinden in artikel 36, § 1 van het KB van 18 april 2017. Dit lijkt eerder te wijzen op een algemene verplichting om steeds een verantwoording te vragen, zelfs als de aanbestedende overheid niet wenst te weren. Een dergelijk verplicht systeem van verantwoording in alle hypothesen houdt meer waarborgen in. Het verplicht de aanbestedende overheid concreet na te gaan en te motiveren waarom zij een schijnbaar abnormale prijs toch niet weert. De andere inschrijvers zijn onzes inziens aldus beter beschermd tegen een misschien al te discretionaire beoordelingsbevoegdheid.

Het verslag aan de Koning lijkt te verduidelijken dat het wel degelijk gaat om een verplichting. Aldus *moet* de aanbestedende overheid de betrokken inschrijver tijdens het nazicht van het al dan niet abnormaal karakter van de door de inschrijver opgegeven prijzen, ondervragen en hem de gelegenheid bieden een rechtvaardiging te geven van de samenstelling van zijn prijs of kost.¹¹⁵ De Koning maakt daarbij geen onderscheid tussen de hypothese dat de aanbestedende overheid de offerte wel wil weren of deze niet wil weren.

40. Wanneer gebruik wordt gemaakt van de mededingingsprocedure met onderhandeling, de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande

111. Verslag aan de Koning bij het KB 18 april 2017, 55357.

112. Art. 36, § 4, tweede alinea KB 18 april 2017.

113. Cass. 26 oktober 2012, C. 10.0533.N/15, www.cass.be; RvS 8 november 2007, nr. 176.504, Heijmans Bouw nv; RvS 13 augustus 2009, nr. 195.557, nv Siemens IT Solutions and Services.

114. Art. 36, § 1 KB 18 april 2017; art. 44, § 2, 5e lid KB 18 april 2017 (speciale sectoren).

115. Verslag aan de Koning bij koninklijk besluit van 18 april 2017 inzake plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren, B5 9 mei 2017; art. 36, § 2 en 3 KB 18 april 2017; art. 44, § 2 en 3 KB 18 april 2017 (speciale sectoren).



bekendmaking en de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, wordt de bevraging uitgevoerd op de laatst ingediende offertes. Dit belet niet dat de aanbestedende overheid deze bevraging reeds kan verrichten in een vroeger stadium van de procedure.¹¹⁶

4.2.1.2. Geen verplichting bij verwaarloosbare posten

41. Evenwel geldt de verplichting tot het richten van een verzoek tot prijsverantwoording niet wanneer het gaat om verwaarloosbare posten.¹¹⁷ Het KB van 18 april 2017 bepaalt uitdrukkelijk in zijn artikel 36, § 2, vijfde lid dat de aanbestedende overheid niet verplicht is om formeel verantwoording te vragen voor prijzen van verwaarloosbare posten.

De regelgever lijkt hiermee een oplossing te geven aan de ontevredenheid, die was ontstaan naar aanleiding van bepaalde rechtspraak van de Raad van State in toepassing van artikel 95, § 3 en 4 van het KB 15 juli 2011.¹¹⁸

Op grond van deze bepaling oordeelde de Raad van State dat als een aanbestedende overheid een prijs als abnormaal beschouwt, zij in alle hypotheses de plicht heeft om de desbetreffende offerte substantieel onregelmatig te verklaren. Dit was ook het geval wanneer een eenheidsprijs slechts en kleine fractie vertegenwoordigde van de totaalprijs.¹¹⁹ Hiermee maakte de Raad van State komaf met eerdere rechtspraak, waarin hij wel van oordeel was dat een overheid niet in alle omstandigheden een offerte substantieel onregelmatig moet verklaren als een prijs abnormaal is.¹²⁰

In sommige omstandigheden zullen posten geen invloed hebben gezien hun verwaarloosbare aard. In het geval waarin de aanbestedende overheid ondanks alles toch zou overgaan tot bevraging van de prijzen voor verwaarloosbare posten, bij opdrachten bijvoorbeeld die meerdere abnormaal geachte prijzen in verwaarloosbare posten bevatten, en na onderzoek zou blijken dat de abnormaal bevonden prijzen van de verwaarloosbare posten heel beperkt in aantal zijn, kan de offerte toch nog als regelmatig worden beschouwd.¹²¹ Inderdaad is in de derde paragraaf van artikel 36 verduidelijkt dat de offerte slechts geweerd wordt in twee hypotheses: omwille van het abnormaal karakter van het totale offertebedrag en/of vanwege

een abnormaal karakter bij een of meerdere niet-verwaarloosbare posten.¹²²

42. Tijdens het onderzoek van het KB van 18 april 2017 werd de vraag gesteld wat moet worden verstaan onder het begrip ‘verwaarloosbare posten’. De gemachtigde antwoordde dat het “*onmogelijk is een algemeen bruikbare definitie te geven van wat verwaarloosbaar is en wat niet. Het komt de aanbestedende overheid toe om de situatie te evalueren in functie van de betreffende opdracht.*”¹²³ Het al dan niet verwaarloosbare karakter van een bepaalde post moet aldus altijd worden beoordeeld in het licht van de betrokken opdracht¹²⁴, met respect voor de grenzen van de appreciatiebevoegdheid van de overheid. Indien hierover discussie zou bestaan, dan is het aan de betrokken inschrijver aan te tonen dat de aanbestedende overheid bij de evaluatie van het verwaarloosbaar karakter van de post, in functie van de betrokken opdracht, de grenzen van haar appreciatiebevoegdheid heeft overschreden.¹²⁵

De Raad heeft reeds geoordeeld dat noch de omstandigheid dat de vastgestelde afwijking het totale prijsverschil met de als tweede gerangschikte inschrijver zou overbruggen, noch de gedane beoordeling in een parallelle procedure voor het onderhoud van grachten en onbevaarbare waterlopen, het verwaarloosbaar karakter van een bepaalde post kunnen aantonen. Het overbruggen van een prijsverschil betreft immers een vergelijking tussen offertes en refereert niet aan de prijsonderdelen van de opdracht zelf.¹²⁶

Ook het gegeven dat een post slechts een gering financieel belang heeft, sluit niet uit dat deze toch een bepalend essentieel element van de opdracht kan uitmaken, zodat er toch een prijsverantwoording voor zou dienen te worden gevraagd.¹²⁷

De Raad aanvaardde wel reeds dat een aanbestedende overheid mathematische elementen kan gebruiken om te bepalen of een post verwaarloosbaar is.¹²⁸ De aanbestedende overheid heeft een vrij ruime beoordelingsbevoegdheid om een wijze vast te leggen via welke zij het verwaarloosbaar karakter bepaalt.

43. Onder voorbehoud van de verwaarloosbare posten moet de aanbestedende overheid de inschrijvers ondervragen over *alle* posten die zij schijnbaar abnormaal acht.

116. Art. 36, § 1 KB 18 april 2017.

117. Art. 36, § 2, vijfde lid KB 18 april 2017.

118. D. D'HOOGHE, N. KIEKENS en A. CARTON, “Is de aanbestedende overheid verplicht om offertes met abnormale eenheidsprijzen te weren?”, *OoO* 2015/2, 195-199.

119. *RvS* 26 februari 2015, nr. 230.345, nv *Aswebo*; *Rvs* 30 april 2015, nr. 231.084, nv *DCA*.

120. *RvS* nr. 198.368, 30 november 2009, bvba *Sogepa*.

121. Verslag aan de Koning bij KB 18 april 2017, 55355.

122. Verslag aan de Koning bij koninklijk besluit van 18 april 2017 inzake plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren, *BS* 9 mei 2017.

123. Verslag aan de Koning bij KB 18 april 2017, 55402.

124. Verslag aan de Koning bij KB 18 april 2017, 55355.

125. *RvS* 21 december 2017, nr. 240.267, nv *Van Hulle Paul Grondwerken*.

126. *RvS* 21 december 2017, nr. 240.267, nv *Van Hulle Paul Grondwerken*.

127. *RvS* 7 april 2016, nr. 234.323, bvba *RTS Infra*.

128. *RvS* 24 mei 2018, nr. 241.595, nv *Desmet Machinebouw Engineering*.



4.2.1.3. Inhoud van het verzoek tot prijsverantwoording

44. Het verzoek om prijsverantwoording dient schriftelijk te gebeuren. Dit stemt overeen met de aanpak van artikel 14, § 4, van de wet van 17 juni 2016, op grond waarvan mondelinge communicatie slechts toegestaan is voor zover het mededelingen betreft die geen betrekking hebben op essentiële elementen van de plaatsingsprocedure, en onder bepaalde voorwaarden. Het abnormaal prijzenonderzoek heeft betrekking op essentiële elementen van de procedure.¹²⁹

45. Wanneer een aanbestedende overheid een inschrijver om prijsverantwoording vraagt, is niet vereist dat zij in de uitnodiging tot prijsverantwoording uitdrukkelijk gewag maakt van ‘hoge’ hetzij ‘lage’ abnormale prijzen.¹³⁰ Auditeur FORTPIED verantwoordde dit als volgt bij het KB van 22 april 1977: *“Eisen dat in de uitnodiging zoals voorzien artikel 25 lid 2 van het KB van 22 april 1977 de richting van de onregelmatigheid van de verontrustende prijzen zou aangegeven worden (abnormaal hoog of abnormaal laag) gaat de tekst te buiten. De draagwijdte van deze inschrijving is in feite de inschrijver uit te nodigen een verklaring te geven hoe hij een of meerdere van zijn eenheidsprijzen heeft berekend. Afgezien daarvan is de richting van de afwijking meestal evident: indien niet, is dit geen reden om aanduidingen te geven van aard om het latere antwoord te beïnvloeden”*.¹³¹

46. Een prijsverantwoording kan zowel worden gevraagd voor een of meer eenheidsprijzen als voor de totaalprijs van de offerte. De aanbestedende overheid dient niet aan te geven waarom zij een verantwoording vraagt. Er is aldus geen formele motiveringsplicht, echter wel een materiële motiveringsplicht wat inhoudt dat uit het administratief dossier de redenen voor het vragen van de prijsverantwoording moeten blijken.¹³²

47. Nieuw is wel dat wanneer een aanbestedende overheid om een prijsverantwoording vraagt, zij de inschrijver verzoekt om de schriftelijke verantwoordingen over te maken inzake de eerbiediging van de verplichtingen bedoeld in artikel 7, eerste lid van de wet, die van toepassing zijn in de domeinen van het sociaal, arbeids- en milieurecht, met inbegrip van de verplichtingen die van toepassing zijn op het vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid.¹³³

Volgens ons moet men dit verzoek niet opvatten als een verplichting. Anders gezegd, wij menen dat een aanbestedende overheid niet bij elk verzoek tot prijsverantwoording noodzakelijkerwijze dit verzoek moet formuleren. Immers, indien het de bedoeling zou zijn dat de overheid inzake prijzen steeds de naleving van het sociaal, arbeids- en milieurecht moet nagaan, dan zou dit eigenlijk als een verplichting moeten gelden bij elk prijs- en kostenonderzoek.

4.2.2. De prijsverantwoording

4.2.2.1. Verantwoordelijkheid van de betrokken inschrijver

48. Op dit punt voorziet de overheidsopdrachtenreglementering aldus een bescherming van de inschrijver nu hij hier de mogelijkheid krijgt het tegenbewijs van het weerlegbaar vermoeden van abnormale prijs te leveren.¹³⁴

49. Wanneer de aanbestedende overheid beslist om in toepassing van artikel 36, § 2 van het KB van 18 april 2017 een prijsverantwoording aan de betrokken inschrijver te vragen wegens het abnormaal karakter van de door hem opgegeven prijzen, dan moet de inschrijver er zich van bewust zijn dat dit een ernstige aangelegenheid is. De prijzen waaromtrent het vermoeden van abnormaliteit bestaat, moet hij concreet, gedetailleerd en onderbouwd verantwoorden aangezien hij het risico loopt dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard.¹³⁵ De betrokken inschrijver kan de aanbestedende overheid later niet aanspreken wanneer zijn offerte onregelmatig werd verklaard, indien hijzelf een essentieel element vergeet te vermelden in de prijsverantwoording.¹³⁶

50. Het is niet uitgesloten dat de betrokken inschrijver moeilijkheden ondervindt bij het verstrekken van de nodige rechtvaardiging van zijn prijs of kost. Het verslag aan de Koning geeft daarom een aantal voorbeelden die als onvoldoende verantwoording gelden. Het gaat met name om de simpele bevestiging van de prijs zonder uitleg, of een verwarde, vage of onduidelijke rechtvaardiging.¹³⁷

Het KB van 18 april 2017 zelf voorziet in artikel 36, § 2, derde lid een aantal rechtvaardigingsgronden die in aanmerking kunnen worden genomen om het normaal karakter van de offerte aan te tonen. De verantwoording kan verband houden met: 1° de

129. Verslag aan de Koning bij art. 36 KB 18 april 2017.

130. RvS 23 maart 2006, nr. 156.751, nv Desire Stadsbader-Flamand; RvS 5 april 2012, nr. 218.830, nv Smet – F&C.

131. Verslag van auditeur FORTPIED voor het arrest met nummer 25.287, zoals geciteerd in A. DELVAUX en C. DEWOLF, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, deel 1B, Confederatie Bouw, 2014, 933.

132. RvS 16 februari 2016, nr. 233.834, bvba Aannemingen Norre-Behaegel.

133. Art. 36, § 2, lid 4 KB 18 april 2017.

134. P. FLAMEY en C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachten. Algemeen deel* in APR, Mechelen, Wolters Kluwer 2017, 823.

135. RvS 19 februari 2015, nr. 230.239, nv Algemene Ondernemingen Tibergyn; RvS 16 mei 2017, nr. 238.203, bvba Wegrosan en RvS 25 januari 2018, nr. 240.574, nv ABO.

136. RvS 12 januari 2015, nr. 229.780, SPR Entreprises Paul Frateur; RvS 30 juni 2016, nr. 235.300, nv VBG.

137. Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 16 juni 2017, 55356.



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. Deze rechtvaardigingsgronden hebben geen limitatief karakter¹³⁸, zoals ook erkend door het Hof van Justitie¹³⁹ en de Raad van State.¹⁴⁰

51. De aanbestedende overheid kan echter deze prijs of kost zelf rechtvaardigen rekening houdende met haar eigen kennis of met andere informatie die niet van de inschrijver komt. Zij zal evenwel de gegevens moeten voorleggen aan de inschrijver teneinde hem de kans te geven hierop te reageren, vooraleer zij haar beslissing neemt.¹⁴¹ Door op dergelijke wijze te handelen, garandeert de aanbestedende overheid dat de rechten van de verdediging worden nageleefd. Ook het gelijkheidsbeginsel is in deze context van toepassing.¹⁴² Wat men voor een bepaalde inschrijver doet, moet de aanbestedende overheid ook voor een andere inschrijver in dezelfde omstandigheden doen.

4.2.2.2. Inhoud van de prijsverantwoording

52. Naast de door de wetgever opgesomde rechtvaardigingsgronden om het normaal karakter van een prijs aan te tonen, heeft de rechtspraak nog heel wat andere elementen aanvaard als rechtvaardiging. Deze rechtspraak is echter nogal fel casuïstisch.

De rechtspraak, die hierna volgt, is geselecteerd om ondernemingen aan te sporen zo concreet, specifiek en duidelijk mogelijk te zijn en zo veel mogelijk bewijsstukken te bezorgen. De aanbestedende overheid heeft mogelijkheden om bepaalde verantwoordingen te aanvaarden zonder dat eventueel het nodige concrete bewijs aanwezig is. Zij kan zich altijd verschuilen achter haar eigen ervaring. Evengoed zou zij echter in diezelfde situatie de verantwoording kunnen verwerpen, omdat juist een afdoende bewijs ontbreekt. Anders gezegd, de discretionaire beoordelingsbevoegdheid van de overheid maakt dat ondernemingen best

zo voorzichtig mogelijk zijn. Wanneer SCHUTYSER oordeelt dat in de periode 2015 tot en met 2017 de Raad van State een grotere vrijheid lijkt te aanvaarden inzake prijsverantwoording¹⁴³, moet men toch ook steeds oog hebben voor het kader waarbinnen de Raad van State oordeelt. In de meeste van de door die auteur aangehaalde arresten wordt niet direct betwist dat er geen bewijs is voor de algemene elementen, die de inschrijver aanhaalt. We zijn er bijgevolg niet van overtuigd dat de Raad van State gunstiger heeft geoordeeld.

53. Een prijsverantwoording mag niet enkel algemeenheden of vaagheden bevatten.¹⁴⁴ De prijzen dienen te worden toegelicht, gestaafd of becijferd. Immers, een prijsverantwoording die slechts algemeenheden lijkt te bevatten, en die door een inschrijver op generlei wijze concreet wordt toegelicht, gestaafd of becijferd, mag niet zonder meer als afdoende worden aanvaard. Een aanvaarding van een dergelijke prijsverantwoording zou immers een handelwijze uitmaken die niet kan worden aangenomen van een zorgvuldig handelende aanbestedende overheid.¹⁴⁵

54. Zo ook kan een prijsbevestiging niet voor een prijsverantwoording doorgaan.¹⁴⁶ De opmerking dat de prijs 'economisch verantwoord' is en 'volledig conform' de opdrachtdocumenten, maakt geen afdoende prijsverantwoording uit nu dit in wezen een loutere bevestiging is van de prijs zonder enige concrete rechtvaardiging ervan.¹⁴⁷

Verder is ook het louter handhaven van de schijnbaar abnormale prijs uiteraard geen afdoende prijsverantwoording.¹⁴⁸

55. De prijsverantwoording moet ook pertinent zijn.¹⁴⁹ Bijvoorbeeld, de verwijzing naar andere of eerdere opdrachten is meestal niet dienend, daar de vergelijkbaarheid van opdrachten moeilijk is aan te tonen.

56. Bovendien moeten de elementen die worden aangegeven in de prijsverantwoording uitzonderlijk gunstige voorwaarden betreffen waarover de andere inschrijvers niet beschikken. Indien de andere inschrijvers ook over die voorwaarden zouden beschikken, dan kan dit het abnormaal karakter niet

138. Verslag aan de Koning bij koninklijk besluit van 18 april 2017 inzake plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren, BS 9 mei 2017.

139. HvJ 27 november 2001, C-286/99, Sciaudone.

140. RvS 23 oktober 2001, nr. 100.084, nv Cosimco, RW 2003-2004, 867, T.Aann. 2002, 19, met advies van eerste auditeur J. STEVENS.

141. Art. 36, § 3, lid 3 KB 18 april 2017. Deze verplichting vloeit voort uit artikel 69.3 van de richtlijn 2014/24/EU op grond waarvan de aanbestedende overheid bij de beoordeling in overleg moet treden met de inschrijver.

142. Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 16 juni 2017, 55356.

143. B. SCHUTYSER, "De gunning van overheidsopdrachten en overheidscontracten in de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Raad van State (2015-17): Een overzicht", T.Gem. 2018, 130, nr. 201.

144. RvS 19 februari 2015, nr. 230.239, nv Algemene Ondernemingen Tibergyn.

145. RvS 25 januari 2018, nr. 240.574, nv Abo.

146. RvS 21 maart 2002, nr. 105.000, Verbrugge; RvS 2 juli 2010, nr. 206.395, nv Besix en nv Desire Stadbader-Flamand; RvS 9 februari 2012, nr. 2017.836, nv Cws-Boco Benelux.

147. RvS 31 mei 2011, nr. 213.585, nv Bouwbedrijf VMG-De Cock, OoO 2011, 348.

148. RvS 27 maart 2003, nr. 117.643, nv Aque-Reno.

149. RvS 28 februari 2012, nr. 218.223, nv Eurovia Belgium e.a.



verantwoorden.¹⁵⁰ De ‘economisch moeilijke periode’ die de onderaannemers toelaat om ‘prijsgunstige offertes’ te maken, betreft een element dat in beginsel in het voordeel van elke inschrijver speelt.¹⁵¹

57. Wat betreft de prijsverantwoording middels een loutere verwijzing naar (jarenlange) ervaring en expertise moet een inschrijver concreet aangeven tot welk prijsvoordeel deze ervaring en expertise leidt. De inschrijver zal aldus het concreet voordeel dat hieraan kleeft, moeten weergeven in zijn prijsverantwoording. Een loutere vermelding van de expertise of de ervaring volstaat niet, maar moet integendeel concreet en onderbouwd het belang, en dus het onderscheidend karakter van de specifieke ervaring, aantonen.¹⁵²

58. De opmerkingen dat er een grondige studie van de werken werd gemaakt, na plaatsbezoek en in overleg met onderaannemers, alsook dat een ‘zeer degelijke coördinatie’ van de werken wordt vooropgesteld, zijn evenmin elementen die de schijn van abnormaliteit die over de offerteprijs hangt, wegnemen. De grondige studie van de werken in het kader van de voorbereiding van de offerte en de degelijke coördinatie ervan behoren immers tot de verplichtingen die elke kandidaat-inschrijver op een overheidsopdracht op zich dient te nemen en die elke kandidaat-inschrijver dan ook in beginsel mag worden geacht te vervullen.¹⁵³

59. Ook volstaat het volgens de Raad van State niet dat de prijzen waarvoor verantwoording wordt gevraagd louter worden uitgesplitst in de verschillende deelcomponenten. Zo zal de prijs voor het materiaal of het materieel, dat zou zijn opgenomen in de prijzen waarvoor verantwoording wordt gevraagd, dienen te worden gestaafd. Een loutere vermelding van de prijzen volstaat niet. De Raad van State bevestigde dat een aanbestedende overheid de grenzen van haar beoordelingsvrijheid niet te buiten gaat wanneer zij oordeelt dat de prijsverantwoording te summier is omdat de staving van de kosten van het materiaal ontbreekt en bijgevolg oordeelt dat het vermoeden van een abnormale prijs niet afdoende werd weerlegd.¹⁵⁴

Een aanbestedende overheid kan verwachten dat een inschrijver spontaan bij een vraag tot verantwoording aantoont welke toeslag hij aanreken voor de algemene kosten en de winst in de eenheidsposten.¹⁵⁵

60. In de regel wordt een nulprijs of het voorzien van prestaties waarvan de reële kostprijs niet in rekening wordt gebracht, steeds als een abnormale prijs beschouwd.¹⁵⁶

61. Wat betreft een totaalprijs kan niet worden voorbijgegaan aan het feit dat deze prijs geen abstract gegeven is naast de prijzen voor de onderscheiden posten, maar precies wordt gevormd door de optelsom van de prijzen van de diverse posten. Het komt aan de inschrijver toe op een concrete en zorgvuldig onderbouwde wijze alle prijsvoordelen uiteen te zetten waardoor hij meent zich te kunnen onderscheiden van de andere inschrijvers. Het komt vervolgens aan de aanbestedende overheid toe te controleren of deze voordelen zich effectief weerspiegelen in de prijzen van de posten, die samen de totaalprijs vormen en te beoordelen of de lagere totaalprijs daardoor voldoende wordt verantwoord.¹⁵⁷

62. Het lijkt tot slot wel aangewezen om cijfermatige gegevens in de prijsverantwoording op te geven.¹⁵⁸ De stelling dat de inschrijver “*quasi geen structuur- en vaste kosten*” heeft, is niet aanvaardbaar wanneer hij dit niet onderbouwt aan de hand van concreet boekhoudkundig cijfermateriaal betreffende deze kosten.¹⁵⁹ De enkele verwijzing naar de prijzen van onderaannemers, verhoogd met een percentage algemene kosten en winst, zonder dat het minste cijfermatig gegeven daaromtrent wordt aangebracht, is evenmin een concreet onderbouwde prijsverantwoording.¹⁶⁰ Het voorleggen van de offertes van leveranciers of onderaannemers, die de door het bestuur als abnormaal aangemerkte prijzen bevestigen, geeft immers nog steeds niet aan welke concrete en objectieve factoren de als abnormaal beschouwde prijs juist rechtvaardigen¹⁶¹, dit wil zeggen de schijn van abnormaliteit die over de betrokken prijzen hangt, wegnemen.¹⁶²

150. RvS 19 januari 2012, nr. 217.389, nv Verhaeren & C°.

151. RvS 31 mei 2011, nr. 213.585, nv Bouwbedrijf VMG-De Cock, OoO 2011, 348.

152. RvS 12 mei 2011, nr. 213.205, nv Frans Maes; RvS 14 juni 2012, nr. 219.739, nv Interplant.

153. RvS 31 mei 2011, nr. 213.585, nv Bouwbedrijf VMG-De Cock, OoO 2011, 348.

154. RvS 5 april 2012, nr. 218.830, nv Smet – F&C.

155. RvS 3 maart 2015, nr. 230.397, nv Overseas Import Lubricating.

156. RvS 19 oktober 2015, nr. 232.599, SPRL Leroy & Roger.

157. RvS 19 januari 2012, nr. 217.389, nv Verhaeren & C°.

158. RvS 5 april 2012, nr. 218.830, nv Smet – F&C.

159. RvS 31 mei 2011, nr. 213.585, nv Bouwbedrijf VMG-De Cock, OoO 2011, 348.

160. 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.), *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, 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. Zie evenwel het arrest van het Hof van Cassatie van 23 juni 2016, C.14.0110.N, www.cass.be. Met dit arrest gaat het Hof in tegen de rechtspraak van de Raad van State. Het Hof oordeelde meer bepaald als volgt: “De appelrechters die aldus oordelen dat het totaal bedrag van de offerte van Pit Antwerpen nv afdoend wordt verantwoord door de door deze inschrijver ter rechtvaardiging aangebrachte elementen en dat, gelet op het gering belang van de posten voor het plaatsen van ophangkasten en de aansluiting van de leidingen op het rioleringsnet, het gebrek aan afdoende verantwoording van de desbetreffende prijzen daar geen afbreuk aan doet, verantwoordt hun beslissing naar recht.”

161. RvS 31 mei 2011, nr. 213.585, nv Bouwbedrijf VMG-De Cock, OoO 2011, 348.

162. RvS 12 mei 2011, nr. 213.205, vzw Frans Maes, OoO 2011, 342.



Zo ook kunnen de enkele verwijzing naar een onderaannemingsovereenkomst met een gespecialiseerd bureau, zonder enige andere rechtvaardiging inzake de feitelijke inhoud van een dergelijke overeenkomst, of de enkele vermelding van de namen van de onderaannemers zonder de offertes van deze leveranciers en onderaannemers bij te voegen¹⁶³, geen concrete en objectieve factor zijn die een prijs rechtvaardigt en haar abnormaliteit kan opheffen.¹⁶⁴ In dit geval is verdere informatie over de prijs van de onderaannemer vereist.¹⁶⁵ Indien de aanbestedende overheid een ondervraging van de leveranciers en onderaannemers wenselijk acht, is het aangewezen daartoe een bepaling op te nemen in de opdrachtdocumenten.¹⁶⁶

4.2.2.3. Clustering van eenheidsprijzen

63. Clustering bestaat erin dat de te verantwoorden eenheidsprijs wordt samengebundeld met andere eenheidsprijzen om aan te tonen dat, gezamenlijk genomen, de van de cluster deel uitmakende eenheidsprijzen marktconform zijn. Clustering van eenheidsprijzen kan een schaalvoordeel opleveren. De Raad van State wijst deze techniek ter verantwoording van schijnbaar abnormale prijzen niet principieel af, maar nuanceert deze wel in die zin dat “uit het dossier en de bestreden beslissing [moet] blijken waarom in een bepaald geval een eenheidsprijs aan de hand van een clustering met andere eenheidsprijzen wordt aanvaard”.¹⁶⁷

TIMMERMANS merkt hierbij op dat de inschrijver die de marktconformiteit van een eenheidsprijs wil aantonen door clustering met andere eenheidsprijzen, er goed aan doet om in zijn prijsverantwoording zelf reeds het verband tussen de tot de cluster behorende eenheidsprijzen toe te lichten.¹⁶⁸

4.2.2.4. Geen reactie op het verzoek tot prijsverantwoording

64. De inschrijver beschikt over een termijn van twaalf dagen om de verantwoording te verschaffen. De regelgeving bepaalt echter niet of deze verantwoording via aangetekende zending dan wel gewone post of per e-mail moet worden verzonden. In het kader van de bewijslast die op de betrokken inschrijver rust, lijkt

het in ieder geval aan te raden de verantwoording per aangetekende post over te maken en daarnaast eventueel ook per e-mail. Immers, wat betreft de tijdigheid van de verantwoording is de datum van verzending door de inschrijver bepalend, en niet de datum van ontvangst door de aanbestedende overheid.¹⁶⁹ De inschrijver draagt in elk geval de bewijslast van de verzending.¹⁷⁰ De termijn zelf begint te lopen de dag na ontvangst van de vraag tot prijsverantwoording. Als de bestemming niet thuis is op het moment dat de postbode de vraag aangetekend aanbiedt, begint, volgens de Raad van State, de termijn te lopen de dag na aanbieding van dit aangetekend schrijven.¹⁷¹ Daarbij oordeelde de Raad in datzelfde arrest dat het aan de inschrijver is om zich te organiseren opdat hij op gepaste wijze een dergelijk schrijven ontvangt. Enkel in geval van overmacht kan de inschrijver eventueel zijn verantwoordelijkheid ter zake ontlopen.

De aanbestedende overheid kan steeds een langere termijn geven, mits dit aangegeven is in de uitnodiging. Enkel in de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking kan zij een kortere termijn bepalen, die zij moet motiveren in de opdrachtdocumenten.¹⁷²

De termijn van twaalf dagen is niet voorgeschreven op straffe van nietigheid.¹⁷³ De aanbestedende overheid kan een laattijdige verantwoording aldus weren¹⁷⁴, maar is hiertoe geenszins verplicht.¹⁷⁵ Ingeval de aanbestedende overheid beslist om een prijsverantwoording die buiten termijn werd overgemaakt, alsnog te aanvaarden, kan zij zich later in de procedure niet meer op de laattijdigheid van de verantwoording beroepen.¹⁷⁶

65. De wetgeving voorziet daarnaast geen uitdrukkelijke of automatische sanctie indien de inschrijver niet zou ingaan op het verzoek tot prijsverantwoording van de aanbestedende overheid. Niettemin houdt het onbeantwoord blijven van het verzoek in dat de offerte onregelmatig is. Immers kan de aanbestedende overheid alleen maar vaststellen dat de abnormaliteit van de betrokken prijzen niet verdwenen is nu zij geen prijsverantwoording heeft kunnen onderzoeken. De offerte moet dan in principe als onregelmatig worden geweerd.¹⁷⁷ Ook het loutere feit

163. RvS 5 april 2018, nr. 241.206, nv AOS e.a.

164. RvS 19 augustus 2016, nr. 235.628, SA Bureau D'études Greisch.

165. Verslag van de Koning bij art. 36 KB 18 april 2017.

166. M.-A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME en C. DARDENNE, *Praktische Commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, deel 1A, zesde uitgave, Brussel, Nationale Confederatie van het Bouwbedrijf, 1996-97, 945.

167. RvS 13 juni 2017, nr. 238.505, nv Swinnen; RvS 2 juli 2010, nr. 206.395, nv Besix en nv Desire Stadsbader-Flamand.

168. J. TIMMERMANS, “Een ‘juiste’ offerteprijs bij overheidsopdrachten: een vlag die vele ladingen dekt”, *T.Aann.* 2011, 28.

169. RvS 5 juli 2016, nr. 235.362, nv Viabuild.

170. Art. 36, § 2, tweede lid KB 18 april 2017.

171. RvS 1 maart 2019, nr. 243.864, SA Cnockaert.

172. Verslag aan de Koning bij KB 18 april 2017, 55355.

173. A. DELVAUX en C. DEWOLF, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, deel 1B, Confederatie Bouw, 2014, 937 met verwijzing naar het onuitgegeven vonnis Brussel (6e k.) 21 september 1993, AR nr. 4.905/91, nv Duchene/Waals GEWEST.

174. RvS 14 december 1984, nr. 24.909, SA Société des voiries, d'études et de construction.

175. RvS 27 oktober 1989, nr. 33.300.

176. P. FLAMEY en C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachten. Algemeen deel* in *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer 2017, 823.

177. A. DELVAUX en C. DEWOLF, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, deel 1B, Confederatie Bouw, 2014, 937.



dat een inschrijver niet specifiek op de vragen van de aanbestedende overheid antwoordt, volstaat om de prijzen als abnormaal te beschouwen.¹⁷⁸ Hierbij moet wel worden opgemerkt dat de aanbestedende overheid alsnog zelf over voldoende gegevens kan beschikken om de abnormaliteit uit te sluiten.

Uiteraard kan de aanbestedende overheid steeds sancties voorzien in de opdrachtdocumenten. Daarbij zal zij echter wel rekening moeten houden met het evenredigheidsbeginsel.

4.2.3. Het onderzoek van de prijsverantwoording

66. Eens zij de prijsverantwoording heeft ontvangen, behoort het aan de aanbestedende overheid om over te gaan tot het onderzoek van de prijsverantwoording.¹⁷⁹ Zij dient te oordelen of de prijs of prijzen uiteindelijk als abnormaal dienen te worden gekwalificeerd.¹⁸⁰ Zij beschikt daarbij over een ruime discretionaire bevoegdheid.¹⁸¹ Deze beoordelingsbevoegdheid kan ruimer zijn, bijvoorbeeld gelet op de aard van de gemengde opdracht en de in het bestek vooropgestelde vergoedingen die voor een inschrijver een ruimere marge bij de 'prijzetting' lijken te bieden.¹⁸²

67. Hoewel het KB van 18 april 2017 niet uitdrukkelijk voorziet in een verplichting tot onderzoek van de ontvangen prijsverantwoordingen, kan het obligatoir karakter uit de bewoordingen van artikel 36, § 3 van voornoemd KB worden afgeleid.

Deze bepaling voorziet dat de aanbestedende overheid, “na onderzoek van de door de inschrijver ingediende prijsverantwoordingen inzake de abnormaal geachte prijzen”, moet beslissen tot een van de drie beslissingen daarin aangegeven.¹⁸³ Met name, wanneer de aanbestedende overheid na onderzoek van de prijsverantwoording van oordeel is dat het bedrag van een of meer niet-verwaarloosbare posten een abnormaal karakter vertoont, dan weert zij de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze is behept. De aanbestedende overheid kan ook vaststellen dat het totale offertebedrag een abnormaal karakter vertoont. Ook in dat geval dient zij de offerte te weren omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze is behept. Een laatste beslissing die de aanbestedende overheid kan nemen na het onderzoek

van de prijsverantwoording is de vaststelling dat de prijzen geen abnormaal karakter vertonen. De offerte wordt dan regelmatig bevonden. Zij dient dit dan in de gunningsbeslissing te motiveren.¹⁸⁴

68. De beoordeling van de gegeven prijsverantwoording moet gebeuren met inachtneming van de op de aanbestedende overheid rustende zorgvuldigheidsplicht.¹⁸⁵ Haar beslissing om een offerte te weren wegens abnormale prijzen, moet gebeuren op grond van een deskundig en grondig onderzoek, waarvan de schriftelijke neerslag zich in het dossier moet bevinden.¹⁸⁶ De aanbestedende overheid moet aldus met de rechtens vereiste nauwkeurigheid onderzoeken of de gegeven prijsverantwoording al dan niet moet worden aanvaard.¹⁸⁷ Zij kan bijvoorbeeld geen offerte onregelmatig verklaren door simpelweg te verwijzen naar de door de inschrijver gegeven verantwoording zonder deze te beoordelen op precisie, exactheid en pertinentie.¹⁸⁸ Zij kan er zich ook niet toe beperken de inhoud van de prijsverantwoording over te nemen.¹⁸⁹

De aanbestedende overheid kan zich hierbij laten bijstaan door een gespecialiseerde dienstverlener. Evenwel ontslaat dit haar niet van haar eigen verplichtingen om een deskundig en grondig onderzoek te voeren.¹⁹⁰ Wanneer de aanbestedende overheid zich heeft laten bijstaan door een deskundige, moet zij in het gunningsverslag ook motiveren, indien zij van het deskundig verslag afwijkt, waarom zij dat doet. De loutere vermelding dat de prijsverantwoording door de leidend ambtenaar niet werd aanvaard, volstaat niet als bewijs dat de prijsverantwoording op grondige en deskundige wijze werd onderzocht.¹⁹¹

69. Het onderzoek van de aanbestedende overheid na de ontvangst van de prijsverantwoording strekt zich niet alleen uit tot het al dan niet normaal karakter van de eenheidsprijzen, maar eveneens tot het al dan niet normaal karakter van de totaalprijs van de offerte. Het Hof van Cassatie oordeelt dat “la seule circonstance qu'un prix unitaire ou global fixé ne soit pas suffisamment justifié n'exclut pas que, eu égard au peu d'importance du post en question, le montant global de l'offre soit considéré comme étant justifié”.¹⁹²

Uit de beoordeling, na ontvangst van de prijsverantwoording, dat de eenheidsprijzen niet abnormaal zijn,

178. RvS 25 januari 2017, nr. 237.157, SA Eurovia.

179. RvS 10 september 2015, nr. 232.160, nv Wegebo.

180. A. DELVAUX en C. DEWOLF, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, deel 1B, Confederatie Bouw, 2014, 941.

181. RvS 2 juli 2014, nr. 227.960, SPRL Maintenance Industrielle Wallonne, en abrégé M.I.W.

182. RvS 9 februari 2017, nr. 237.332, bvba Versluys Bouwgroep e.a.; RvS 9 februari 2017, nr. 237.333, bvba 3D Domestic Projects.

183. RvS 7 februari 2018, nr. 240.679, la Société privée à la responsabilité limitée Serge Englebert.

184. Art. 36, § 1, eerste lid KB 18 april 2017.

185. C. DE KONINCK, P. FLAMEY en K. RONSE, *Schade en schadeloosstelling bij de gunning en de uitvoering van de overheidsopdrachten*, Antwerpen, Maklu, 2005, 217.

186. Rb. Brussel 16 oktober 2015, AR nr. 14/1244/A, OoO 2016/3.

187. A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 239.

188. RvS 19 augustus 2016, nr. 235.628, SA Bureau D'études Greisch.

189. RvS 1 juli 2015, nr. 231.834, SA Quintelier.

190. Rb. Brussel 19 juni 2015, AR nr. 2014/1831/A, OoO 2016/4, 625.

191. RvS 18 februari 2016, nr. 233.862, bvba RTS Infra; Rb. Brussel 16 oktober 2015, AR nr. 14/1244/A, OoO 2016/1, 158.

192. Cass. 23 juni 2016, C.14.0110.N, www.cass.be.



volgt niet automatisch dat het totale offertebedrag ook niet abnormaal is. Beide beoordelingen staan volgens de rechtspraak van de Raad van State onafhankelijk van elkaar: *“De offerte van de verzoekende partij is geweerd om twee redenen inzake het bieden van een abnormale prijs. De verwerende partij beoordeelt zowel de door de verzoekende partij geboden prijs voor de post 48 als de door de verzoekende partij geboden totaalprijs als abnormaal laag. Elk van die twee redenen kan de onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij verantwoorden. Dit houdt in dat van zodra één van de twee redenen die geleid hebben tot de abnormale prijsbeoordeling, de kritiek van de verzoekende partij weerstaat, de andere reden niet aan een nader onderzoek moet worden onderworpen.”*¹⁹³

Omgekeerd is het zo dat het niet-beoordelen van de eenheidsprijzen als abnormaal, hetzij omwille van het niet-detecteren ervan, hetzij wegens de aanvaarding ervan na gevraagde verantwoording, niet *ipso facto* met zich meebrengt dat het wettelijk vermoeden van abnormaliteit van de totaalprijs niet anders kan worden aanzien dan als weerlegd.¹⁹⁴

70. De aanbestedende overheid mag bovendien rekening houden met elementen uit het deel van de prijsverantwoording voor eenheidsprijzen bij het onderzoek van de prijsverantwoording voor de totaalprijs. Minstens lijkt een dergelijk verbod niet voort te vloeien uit de regelgeving inzake overheidsopdrachten.

71. Artikel 36, § 3, derde lid van het KB van 18 april 2017 staat toe om *“inlichtingen die niet afkomstig zijn van de inschrijver”* te betrekken bij de beoordeling van een prijsverantwoording.¹⁹⁵ De aanbestedende overheid kan in haar onderzoek naar het al dan niet abnormaal karakter van prijzen, dan ook rekening houden met overwegingen en factoren die niet noodzakelijk onmiddellijk uit de prijsverantwoording voortvloeien, ongeacht of dat eigen onderzoek gebeurt voorafgaand aan of pas na de vraag om prijsverantwoording. Het is bijgevolg voor de wettigheid van de gunningsbeslissing niet relevant of de aanbestedende overheid voorafgaand aan het vragen van de tweede prijsverantwoording reeds kennis had van de motieven om de offerte van de betrokken inschrijver uiteindelijk niet te weren.¹⁹⁶

Anderzijds kan de aanbestedende overheid niet becijferde rechtvaardigingen aanvaarden.¹⁹⁷ Dienaangaande heeft de aanbestedende overheid de mogelijkheid om zich te baseren op eigen bevindingen en eigen ervaringen. Deze gegevens moeten worden voorgelegd aan de inschrijver teneinde hem de kans te geven hierop te reageren.¹⁹⁸ Dit is echter opnieuw een discretionaire bevoegdheid.

4.2.4. Tweede verzoek tot prijsverantwoording

72. Artikel 36, § 2, laatste alinea van het KB van 18 april 2017 geeft de aanbestedende overheid de mogelijkheid om de betrokken inschrijver opnieuw te ondervragen na een eerste prijsverantwoording. Dit is geenszins een verplichting.¹⁹⁹ De aanbestedende overheid beschikt ook hier over een discretionaire bevoegdheid.²⁰⁰

Indien de prijsverantwoording niet zou volstaan, dan kan de aanbestedende overheid een bijkomend prijzenonderzoek voeren op grond van voldoende eigen elementen, en hoeft hiervoor geen bijkomend verzoek tot prijsverantwoording te richten aan de betrokken inschrijver.²⁰¹ De aanbestedende overheid is evenwel niet verplicht om bijkomende informatie op te vragen met betrekking tot de door de betrokken inschrijver gegeven prijsverantwoording indien zij de betrokken verantwoording niet voldoende acht.²⁰² Echter, niets staat haar in de weg dit toch te doen.

4.2.5. De bijzondere motiveringsplicht in hoofde van de aanbestedende overheid

73. Wanneer de aanbestedende overheid na het prijzenonderzoek tot het besluit komt dat de offerte onregelmatig is, dan moet zij haar beslissing motiveren, en dit zowel formeel als materieel. Deze verstrengde motiveringsplicht is aanwezig omdat de betrokken inschrijver iedere kans op de toewijzing van de opdracht verliest.²⁰³ Dit laatste houdt een beperking in op de vrije mededinging.

74. De beslissing van de aanbestedende overheid moet formeel²⁰⁴ worden gemotiveerd. Immers is de abnormale prijs een vorm van onregelmatigheid. Hoewel de verplichting tot het meedelen van de motieven voor het niet-aanvaarden van de prijsverantwoording werd opgeheven door artikel 110 van het KB van

193. RvS 4 maart 2016, nr. 234.036, bvba RTS Infra. Zie ook RvS 13 februari 2015, nr. 230.188, nv Herbosch-Kiere.

194. RvS 13 februari 2015, nr. 230.188, nv Herbosch-Kiere.

195. RvS 10 juli 2018, nr. 242.091, nv VBG.

196. RvS 18 mei 2017, nr. 238.247, nv Artes Roegiers.

197. RvS 19 januari 2012, nr. 217.389, nv Verhaeren.

198. Art. 36, § 3, lid 3 KB 18 april 2017; art. 44, § 3, derde lid KB van 18 april 2017 (speciale sectoren).

199. RvS 5 april 2012, nr. 218.830, nv Smet – F&C; RvS 22 augustus 2012, nr. 220.472, nv Desmedt Machinebouw Engineering; RvS 14 juli 2017, nr. 238.840, nv Bombardier Transportation Belgium.

200. RvS 19 april 2018, nr. 241.259, nv Peeters Dries Grond- en Infrastructuurwerken. Zie ook B. LOMBAERT en M. THOMAS, “La régularité des offres et la vérification des prix: une réforme en trompe-l’oeuil” in S. BEN MESSOUAD en F. VISEUR (eds.), *Le droit des marchés publics à l’aune de la réforme du 1^{er} juillet 2013*, Brussel, Larcier, 2014, 230.

201. RvS 14 juli 2017, nr. 238.840, nv Bombardier Transportation Belgium.

202. RvS 13 augustus 2013, nr. 224.473, nv Terra Engineering & Consulting.

203. A. DELVAUX en C. DEWOLF, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, deel 1B, Confederatie Bouw, 2014, 952.

204. RvS 10 maart 2009, nr. 191.247, GmbH Panasonic Marketing Europe.



8 januari 1996 is deze wel verplicht blijven bestaan krachtens de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna ‘Formele Motiveringswet’).²⁰⁵ De bewoordingen ervan zijn overgenomen in artikel 40, § 1, 2° 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’).²⁰⁶ De formele motiveringsplicht wordt strikt geïnterpreteerd.²⁰⁷

Hieruit volgt dat, enerzijds, de Formele Motiveringswet, en anderzijds de Rechtsbeschermingswet, van toepassing is.

75. Artikel 36 van het KB van 18 april 2017 bevat geen bepaling die aan de aanbestedende overheid de verplichting oplegt om in de gunningsbeslissing of in het gunningsverslag dat aan de inschrijvers wordt betekend, bijzondere beschouwingen op te nemen omtrent het onderzoek naar abnormale prijzen en de opstart van de bevragsingsprocedure. Het gebrek aan dergelijke vermeldingen in de gunningsbeslissing leidt dan ook niet tot de schending van de formele motiveringsplicht.²⁰⁸ Niettemin lijkt dit niet te beletten dat alsdan in beginsel uit het administratief dossier moet blijken dat de aanbestedende overheid concreet een onderzoek van de prijzen heeft verricht.²⁰⁹

De beslissing waarbij de aanbestedende overheid beslist de offertes van de inschrijver regelmatig te verklaren, zonder dat de prijzen die aan haar werden voorgesteld abnormaal zouden blijken, is niet onderworpen aan een bijzondere motivering.²¹⁰

76. Wat wel uitdrukkelijk in de gunningsbeslissing moet worden opgenomen, zijn de argumenten die de aanbestedende overheid ertoe hebben aangezet de offerte van de inschrijver al dan niet regelmatig te bevinden na een vraag tot prijsverantwoording.²¹¹ De Raad van State oordeelt immers dat de formele motiveringsplicht op het eerste zicht ook lijkt in te houden dat, wanneer de aanbestedende overheid de

bijzondere procedure opstart waarbij zij de gekozen inschrijver om een prijsverantwoording vraagt, zij vervolgens in de bestreden beslissing moet weergeven welke argumenten ertoe hebben geleid de offerte alsnog regelmatig te bevinden²¹², alsook waarom de totaalprijs van de gekozen inschrijver door haar normaal wordt bevonden. Bij gebrek hieraan besluit de Raad tot schending van de formele motiveringsplicht.²¹³ Ook indien de aanbestedende overheid afwijkt van het advies van een door haar aangesteld studiebureau, moet zij dit motiveren in het gunningsverslag.²¹⁴

77. Uit het gunningsverslag moet blijken dat eveneens een prijzenonderzoek werd gevoerd met betrekking tot bepaalde posten van de laagste of voordeligste, regelmatig inschrijver. Het verdient dan ook aanbeveling dat de aanbestedende overheid in het gunningsverslag op transparante wijze aangeeft hoe zij te werk is gegaan bij het onderzoek van de individuele prijzen van de laagst regelmatige inschrijver.²¹⁵

5. Abnormale prijzen en het risico op onrechtmatige staatssteun

78. De eerbiediging van de eerlijke mededinging en de gelijkheid tussen de inschrijvers speelt een belangrijke rol in het overheidsopdrachtenrecht. Om een situatie van eerlijke mededinging te creëren, moeten de inschrijvers onder gelijke voorwaarden op de markt opereren en moet de eerlijke mededinging worden gerespecteerd bij het toekennen van overheidsopdrachten. Ook de staatssteunregels zijn in deze context van belang. Als gevolg van toegekende overheidssteun kan de betrokken onderneming significante voordelen genieten ten opzichte van de andere inschrijvers die meedingen voor dezelfde opdracht.²¹⁶ Bijvoorbeeld ingeval er werken, producten of diensten worden aangekocht waaraan de aanbestedende overheid in werkelijkheid geen nood heeft, kan er sprake zijn van onrechtmatige staatssteun. Dit is ook het geval indien de aanbestedende overheid voor het uitvoeren van de opdracht een onevenredig hoge prijs betaalt.²¹⁷

205. BS 12 september 1991. Overeenkomstig de artikelen 2 en 3 van de Formele Motiveringswet moet de beslissing de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen en dient de motivering afdoende te zijn. De motivering moet aldus in rechte en in feite evenredig zijn aan het belang van de beslissing. De motivering moet ook draagkrachtig zijn, i.e. de aangehaalde redenen moeten de beslissing kunnen dragen (J. VANDE LANOTTE en E. CEREXHE, *De motiveringsplicht van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 1992, 5).

206. BS 21 juni 2013.

207. RvS 8 november 2005, nr. 151.056, nv Fabrixom GTI.

208. RvS 21 december 2017, nr. 240.267, nv Van Hulle Paul Grondwerken.

209. RvS 24 januari 2017, nr. 237.127, nv Shanks Belgium; RvS 5 juni 2018, nr. 241.714, Servitex.

210. RvS 2 juli 2014, nr. 227.960, SPRL Maintenance Industrielle Wallonne.

211. RvS 9 november 2010, nr. 208.849, Van Ganswinkel.

212. RvS 29 december 2016, nr. 236.950, SA Quintelier; RvS 21 maart 2018, nr. 241.061, Misanet.

213. RvS 1 juli 2015, nr. 231.835, bvba Creative Resin Solutions; RvS 21 maart 2018, nr. 241.061, Misanet.

214. RvS 18 februari 2016, nr. 233.862, bvba RTS Infra.

215. P. FLAMEY en C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachten. Algemeen deel*, Mechelen, Kluwer, 2017, 848.

216. T. BRUYNINCKX, “Staatssteun en overheidsopdrachten”, *NJW* 2008, 422-423, 425. Het staatssteunrecht tracht dan ook “een gelijk speelveld in stand te houden voor alle ondernemingen die op de Europese interne markt actief zijn, ongeacht in welke lidstaat zij zijn gevestigd”, en is gericht op een betere allocatie van overheidsmiddelen: “Het is ook van belang zich rekenschap te geven dat staatssteun niet gratis is. Evenmin is staatssteun een mirakeloplossing die in een handomdraai alle problemen kan oplossen. Uiteindelijk moet de belastingbetaler staatssteun financieren. Aan staatssteun zijn ook opportuniteitskosten verbonden” (Actieplan Staatssteun. Minder en beter gerichte staatssteun: een routekaart voor de hervorming van het staatssteunbeleid, 7 juni 2005, COM(2005)107 definitief).

217. Gerecht van Eerste Aanleg (eerste kamer) 28 januari 1999, T-230/95, Bretagne Angleterre Irlande (BAI)/Commissie van de Europese Gemeenschappen.



De aanbestedende overheid moet dan ook bij het uitschrijven, tijdens de selectie- en de gunningsfase en bij de uitvoering van de opdracht, steeds handelen in overeenstemming met de staatssteunregels. Beide regelingen kunnen bijgevolg niet los van elkaar worden gezien.

5.1. Rechtmatige en onrechtmatige staatssteun en oneerlijke mededinging

79. Zowel de overheidsopdrachtenreglementering als de staatssteunregels waken over de eerbiediging van de eerlijke mededinging. Verschil tussen beide is echter dat het overheidsopdrachtenrecht tevens ook de bescherming van de aanbestedende overheid tegen fantasieprijzen tracht te waarborgen. Het staatssteunrecht heeft tot doel te voorkomen dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed door tegemoetkomingen van overheidswege die – in verschillende vormen – de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen.²¹⁸

80. Het Hof van Justitie heeft lange tijd aangenomen dat het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers niet wordt geschonden door het loutere feit dat de aanbestedende overheid tot een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, entiteiten toelaat die van de betrokken overheid of van andere aanbestedende overheden voordelen van welke aard ook ontvangen, waardoor die entiteiten aanbiedingen kunnen doen die veel lager liggen dan die van hun concurrenten die niet een dergelijke subsidie ontvangen. Een dergelijke situatie houdt geen verkapte discriminatie in, noch een met artikel 59 EG-Verdrag (thans art. 56 VWEU inzake het vrij verkeer van diensten) strijdige beperking.²¹⁹

Echter kan de deelname van een dergelijke entiteit aan een overheidsopdracht de mededinging of de concurrentie vervalsen. Dergelijke ondernemingen moeten er zich voor hoeden dat zij hun concurrenten binnen dezelfde markt niet onrechtmatig benadelen en de eerlijke concurrentie schaden. Het Hof van Justitie²²⁰, het Grondwettelijk Hof²²¹ en de andere

Belgische hoven en rechtbanken²²², alsook de Raad van State²²³, hebben reeds de kans gehad zich uit te spreken over deze problematiek. Zowel rechtmatige als onrechtmatige staatssteun kan een vervalsing van de mededinging veroorzaken.

81. Wat betreft onrechtmatige staatssteun kan het niet-respecteren van de staatssteunregels een schending van de overheidsopdrachtenreglementering te weegbrengen.

Bijvoorbeeld in een zaak van de rechtbank van koophandel van 13 februari 1995 te Brussel verklaarde de voorzitter dat een nationale rechter de offerte van een onderneming kan uitsluiten wanneer die de begunstigde is van staatssteun die niet werd aangemeld en die een bod doet in het kader van een overheidsopdracht.²²⁴

Recent nog, op 22 maart 2018, heeft de voorzitter van de Franstalige rechtbank van koophandel te Brussel²²⁵ bevestigd dat het indienen van een offerte met abnormaal lage prijzen als gevolg van onrechtmatig verkregen staatssteun, *in casu* in de vorm van loonsubsidies, een misbruik inhoudt dat strijdig is met de eerlijke handelsgebruiken. Dit kan een nadelige invloed hebben op het subjectief recht van de schoonmaakonderneming op een eerlijke mededinging, inherent aan haar professionele activiteiten. Uit de elementen van het dossier bleek immers dat er ernstige en precieze aanwijzingen bestonden van het feit dat de schoonmaakonderneming staatssteun genoot onder de vorm van loonsubsidies. Dergelijke steun is onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt nu deze niet het voorwerp heeft uitgemaakt van aanmelding bij de Europese Commissie.²²⁶ Steun die niet onder een van de uitzonderingsgronden valt of die niet voorafgaand door de Europese Commissie werd goedgekeurd, is niet rechtmatig en kan geen normale prijs verantwoorden. Bijgevolg maakt een onderneming die onrechtmatige staatssteun geniet en die een offerte indient gesteund op abnormaal lage prijzen zich schuldig aan een daad strijdig met de eerlijke mededinging.²²⁷

218. HvJ (2e k.) 15 juni 2006, C-393/04 en C-41/05, Air Liquide Industries Belgium.

219. HvJ 7 december 2000, C-94/99, Arge Gewässerschutz, overw. 38.

220. HvJ 18 december 2014, C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria Di Careggi-Firenze, overw. 43; HvJ 7 december 2000, C-94/99, Arge Gewässerschutz, overw. 25-27; HvJ 23 december 2009, C-305/08, Conisma, overw. 34 en 40.

221. GwH 13 december 2000, 133/2000; GwH 29 november 2000, 122/2000.

222. Gent 25 februari 1998, *T.Aann.* 1998, 186; Voorz. Kh. Brussel 22 maart 2018, Algemene Belgische SchoonmaakUnie/vzw Village n°1 Entreprises; Voorz. Kh. Brussel 13 februari 1995, *Jb.Hand.* 1995, 728.

223. RvS 12 september 2017, nr. 239 056, SPRL Clear Channel; RvS 24 april 2008, nr. 182.326, nv Dimarso.

224. In deze zaak kon de firma Breda in een offerteaanvraag van de NMBS zeer goedkope treinstellen aanbieden door de steun van de Italiaanse overheid, steun die noch werd aangemeld, noch werd goedgekeurd.

225. Voorz. Kh. Brussel 22 maart 2018, Algemene Belgische Schoonmaakunie/vzw Village N°1 Entreprises. Het geschil ging tussen de Algemene Belgische SchoonmaakUnie (ABSU) tegen de vzw 'Village N°1 Entreprises', een 'Entreprise de Travail Adapté' (ETA), waar in hoofdzaak gehandicapte personen worden tewerkgesteld. De vzw schreef in de jaren 2015-2016 op regelmatige basis in voor overheidsopdrachten voor schoonmaakdiensten met zeer lage prijzen. Zij verantwoordt haar prijzen, enerzijds door het feit dat zij een lager uurloon dan haar concurrenten kan voorstellen omwille van het feit dat zij deel uitmaakt van een ander paritair comité, en anderzijds aangezien zij subsidies ontvangt van de Waalse overheden.

226. Dit arrest vormt tevens een belangrijk precedent in het kader van de sociale economie nu de voorzitter heeft geoordeeld dat ook deze ondernemingen als een onderneming in de zin van artikel 107, eerste lid VWEU zijn te kwalificeren. De voorzitter oordeelde dan ook dat de sociale-economieonderneming *in casu* als een onderneming in de zin van het staatssteunrecht moet worden beschouwd.

227. Voorz. Kh. Brussel 22 maart 2018, Algemene Belgische Schoonmaakunie/vzw Village N°1 Entreprises.



Dit vonnis werd recent bevestigd door het hof van beroep te Brussel in haar arrest van 28 februari 2019.²²⁸ Het hof herinnert voorafgaand aan de doelstelling van het prijzenonderzoek. Het hof bevestigt verder dat de loonsubsidies uitgekeerd aan Village n°1 staatssteun uitmaken. Bovendien stelt het hof vast dat het Waalse reglementaire kader inzake deze subsidies op manifeste wijze de vrijstelling zoals voorzien in de verordening (EU) nr. 651/2014²²⁹, die in dit kader kan worden beschouwd als automatisch van toepassing op de Waalse subsidies waarvan sprake *in casu*, overschrijdt. Meer bepaald is het percentage vooropgesteld voor subsidies voor gehandicapte werknemers inderdaad hoger dan het percentage bepaald in vorennoemde verordening, en deze subsidies worden eveneens toegekend aan het kaderpersoneel, wat niet het geval is in het kader van de Europese verordening. Het hof voegt er nog aan toe dat zelfs indien de verplichting tot aanmelding van staatssteun bij de overheid ligt en niet bij de begunstigen ervan, Village n°1 kennis had van het onrechtmatig karakter van de steun. Op deze wijze heeft zij voordeel gehaald ten opzichte van de andere inschrijvers bij de deelname aan overheidsopdrachten doordat zij voordelige prijzen voorstelde gesteund op onrechtmatige staatssteun. Dit laatste maakt een handeling strijdig met de eerlijke marktpraktijken uit.

82. Ook omgekeerd is het niet automatisch zo dat wanneer de staatssteunregels werden gerespecteerd er geen sprake kan zijn van een schending van de overheidsopdrachtenreglementering.

Verwijzen we hierbij naar het arrest van 28 februari 1998 waarmee het hof van beroep te Gent heeft geoordeeld dat het aanbieden van diensten door een gesubsidieerd initiatief uit de sociale economie²³⁰ aan een prijs die lager ligt dan de normaal verantwoorde kostprijs een oneerlijke handelspraktijk uitmaakt in de zin van artikel 93 van de Handelspraktijkenwet (hierna 'WHPC').^{231 232} Het hof oordeelde dat de WHPC ook van toepassing is op sociale-economiebedrijven en zij dus ook de eerlijke handelspraktijken moeten respecteren bij de uitoefening van hun activiteiten. Zelfs wanneer de betrokken onderneming een bijzonder statuut geniet op grond van de OCMW-Wet verleent dat haar niet het recht om diensten op de reguliere markt aan te bieden tegen prijzen die niet overeenstemmen met de normale kostprijs voor diezelfde dienst op diezelfde markt.²³³ De prijszetting onder de normale kostprijs kan aldus een met de eerlijke

handelspraktijken strijdige daad uitmaken voor zover daarvoor geen 'marktconforme' rechtvaardiging kan worden voorgelegd.²³⁴ Aldus is het criterium voor de kwalificatie als oneerlijke concurrentie bij rechtmatig verkregen overheidssteun het gegeven dat de gesubsidieerde entiteit inschrijft met een abnormaal lage prijs. Aangezien de prijs zelf niet meer normaal is, is er sprake van een oneerlijke handelspraktijk.

83. Een dergelijke situatie leidt niet zonder meer tot oneerlijke concurrentie. Zowel de Europese als de nationale wetgever voorzien in een regeling die de aanbestedende overheid verplicht de betrokken inschrijver eerst de kans te geven zijn schijnbaar abnormale prijs te verantwoorden vooraleer zij de offerte weert. De Belgische wetgever heeft deze verplichting neergelegd in artikel 36, § 3, laatste lid van het KB van 18 april 2017.

5.2. Verplichting tot het weren van abnormale inschrijvingen als gevolg van onrechtmatige staatssteun

84. In de richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening²³⁵ werd nog geen verband gelegd tussen staatssteun en abnormale prijzen bij overheidsopdrachten. In haar artikel 37 werd enkel voorzien dat indien voor een bepaalde opdracht aanbiedingen worden gedaan die in verhouding tot de te verrichten dienst abnormaal laag lijken, de aanbestedende overheid, voordat zij deze aanbiedingen kan afwijzen, de inschrijver schriftelijk om de door hem dienstig geachte preciseringen over de samenstelling van de betrokken aanbidding moet verzoeken. Zij onderzoekt de samenstelling aan de hand van de ontvangen toelichtingen.

Niettemin legde het Hof van Justitie reeds een verband tussen een onderneming die overheidsfinanciering ontvangt en die een offerte met (abnormaal) lage prijzen indient. Het Hof oordeelt dat "*op grond van de bepalingen van richtlijn 92/50 en de rechtspraak van het Hof ... een inschrijver echter niet a priori en zonder verder onderzoek (kan) worden uitgesloten van deelname aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht om de enkele reden dat hij als gevolg van de door hem ontvangen overheids-subsidies, in staat is aanbiedingen te doen waarvan de prijzen veel lager zijn dan die van inschrijvers die geen subsidie ontvangen*".²³⁶ Aldus staan de algemene

228. Brussel 28 februari 2019, Algemene Belgische Schoonmaakunie/vzw Village N°1 Entreprises.

229. Verordening (EU) nr. 651/2014 van de Europese Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard, *Pb.L.* 26 juni 2014.

230. Het ging *in casu* om het aanbieden van een dienst aan het publiek en het verrichten van die dienst, met name het strijken van textiel tegen een prijs die niet overeenstemt met de normale kostprijs voor diezelfde dienst op diezelfde markt.

231. Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *BS* 29 augustus 1991, zoals opgeheven bij wet van 6 april 2010, *BS* 12 april 2010.

232. Gent 25 februari 1998, *T.Aann.* 1998, 181, noot G. HERBOTS, "De prijs van de sociale economie – over het eerbiedigen van normale kostprijzen als een eerlijke handelspraktijk", 181-190.

233. Gent 25 februari 1998, *T.Aann.* 1998, 186.

234. G. HERBOTS, "De prijs van de sociale economie – over het eerbiedigen van normale kostprijzen als een eerlijke handelspraktijk", o.c., 189.

235. *Pb.L.* 24 juli 1992.

236. HvJ 18 december 2014, C-568/13, Azienda Ospedaliero-Universitaria Di Careggi-Firenzo, overw. 43.



beginselen van vrije mededinging, non-discriminatie en evenredigheid niet in de weg aan een nationale wettelijke regeling die een openbaar ziekenhuis, dat deelneemt aan een aanbesteding, toestaat een aanbidding in te dienen waar geen enkele concurrent tegenop kan bieden als gevolg van de overheidsfinanciering die het ontvangt. Wanneer de aanbestedende overheid van oordeel is dat de inschrijving abnormaal is, dan heeft zij volgens het Hof de mogelijkheid om de aanbidding af te wijzen, rekening houdende met het feit dat een dergelijke instelling overheidsfinanciering heeft ontvangen.²³⁷ De uitsluiting van de betrokken inschrijver die staatssteun ontvangt, was aldus geenszins een verplichting in hoofde van de aanbestedende overheid.

85. Met de richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, en in navolging van de rechtspraak van het Hof van Justitie, heeft de Europese wetgever voor het eerst het belang van de staatssteunregels in het kader van het onderzoek naar abnormale inschrijvingen erkend. Met artikel 55 van voornoemde richtlijn werd een rechtsgrond voorzien voor het weren van offertes met abnormale prijzen wanneer verboden staatssteun aan een bepaalde inschrijver wordt toegekend.²³⁸

De wetgever voorziet dus enkel een expliciete rechtsgrond in de hypothese waarin de inschrijver onrechtmatige staatssteun geniet. Wat betreft rechtmatig ontvangen staatssteun kan de aanbestedende overheid uiteraard terugvallen op de overige bepalingen inzake abnormale prijzen. Immers moeten ook ondernemingen die overheidssteun genieten de eerlijke mededinging en de gelijkheid der inschrijvers respecteren door 'normale' prijzen voorop te stellen, evenwel rekening houdende met de door hen ontvangen rechtmatige steun.

86. Deze rechtsgrond werd hernomen in artikel 69 van de richtlijn 2014/24/EU. Op grond van deze bepaling is de aanbestedende overheid er thans toe verplicht ondernemers de in hun 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.²³⁹ De bedoelde toelichtingen kunnen met name betrekking hebben op de eventuele ontvangst van staatssteun door de inschrijver.²⁴⁰ De aanbestedende overheid kan de inschrijving alleen afwijzen op grond van

de vaststelling dat de inschrijving abnormaal laag is doordat de inschrijver overheidssteun heeft gekregen, na overleg met de inschrijver, en wanneer deze niet binnen een door de aanbestedende overheid gestelde, toereikende termijn kan aantonen dat de betrokken steun verenigbaar is met de interne markt in de zin van artikel 107 VWEU. De aanbestedende overheid is verplicht om de Europese Commissie in kennis te stellen wanneer zij de inschrijving afwijst.²⁴¹

87. De Belgische wetgever heeft deze bepaling van de richtlijn niet omgezet in de wet van 17 juni 2016 maar wel in het KB van 18 april 2017. Op grond van artikel 36, § 3, vierde alinea van voornoemd KB kan een aanbestedende overheid wanneer zij vaststelt dat een offerte abnormaal laag lijkt ten gevolge van door de inschrijver verkregen overheidssteun, de offerte alleen op die grond afwijzen na overleg met de inschrijver en als deze niet binnen een door de aanbestedende overheid gestelde, toereikende termijn kan aantonen dat de betrokken steun verenigbaar is met de interne markt, in de zin van artikel 107 VWEU. Deze bepaling is echter niet van toepassing op de opdrachten waarvan het geraamd bedrag lager ligt dan de drempels voor de Europese bekendmaking.²⁴²

Wanneer de offerte in het kader van een overheidsopdracht voor werken, leveringen of diensten wordt geweerd omwille van de vaststelling dat deze abnormaal laag is ingevolge niet met de interne markt verenigbare overheidssteun, stelt de aanbestedende overheid de Europese Commissie daarvan onverwijld in kennis. Een kopie van deze kennisgeving wordt eveneens onverwijld doorgestuurd naar het in artikel 163, § 2 van de wet van 17 juni 2016²⁴³ bedoelde aanspreekpunt.²⁴⁴

88. Aldus zal de offerte van een inschrijver die onrechtmatige, dan wel rechtmatige, staatssteun ontvangt, niet *ipso facto* worden geweerd. Immers moet aan de betrokken inschrijver de mogelijkheid worden gelaten te bewijzen dat de hem toegekende staatssteun rechtmatig is en dat zijn offerte realistisch en serieus is.

6. Slotbeschouwingen

89. In de strijd tegen abnormale prijzen heeft de Belgische wetgever met de wet van 17 juni 2016 en haar uitvoeringsbesluit van 18 april 2017, in navolging van de Europese wetgever en de rechtspraak van de Raad

237. HvJ 18 december 2014, C-568/13, Aziende Ospedaliero-Universitaria Di Careggi-Firenzo, overw. 51.

238. Art. 55, lid 3 richtlijn 2004/18/EG.

239. Art. 69, lid 1 richtlijn 2014/24/EU.

240. Art. 69, lid 2 richtlijn 2014/24/EU.

241. Art. 69, lid 3 richtlijn 2014/24/EU.

242. Verslag aan de Koning bij KB 16 juni 2017, 55356.

243. Artikel 163, § 2, van de wet van 17 juni 2016 luidt als volgt: "De Koning stelt een aanspreekpunt in voor de samenwerking met de Europese Commissie wat betreft de toepassing van deze titel en van de wetten en besluiten inzake overheidsopdrachten."

244. Art. 36, § 5, derde alinea van het KB van 18 april 2017.



van State, de regeling omtrent het prijzenonderzoek op diverse punten gewijzigd.

Voornoemde wijzigingen hebben echter niet tot gevolg dat alle problemen van de baan zijn. Een niet onaanzienlijk percentage van de rechtspraak van de Raad van State blijft handelen over deze problematiek. Het toont aan dat zowel overheid als private sector blijven worstelen met 'deze leer'.

Waarschijnlijk is er geen enkele regelgeving bij machte om deze complexe aangelegenheid sluitend te regelen. Het komt in de eerste plaats aan overheden en inschrijvers toe om hun betrokken personeel voldoende op te leiden en steeds, in de mate van het mogelijke, de nodige zorgvuldigheid aan de dag te leggen. Daarna zal het dan eventueel aan de rechter zijn om bijkomende richtlijnen mee te geven.

90. Uit het bovenstaande is gebleken dat de identificatie van schijnbaar abnormale prijzen allerminst een evidente opdracht is. Het toekennen van een abnormaal karakter aan een bepaalde prijs moet worden bepaald in functie van het voorwerp en de specifieke aspecten van de te gunnen opdracht. Daarnaast zou de inschrijver zich kunnen beroepen op bijzondere omstandigheden die hem eigen zijn waardoor hij op grond daarvan een lage prijs kan vooropstellen. Bepaalde inschrijvers kunnen bijvoorbeeld op wettige wijze overheidssteun genieten.

Ook voor de inschrijver is het niet evident een 'normale' prijs in zijn offerte voorop te stellen. Hij zal zich er immers voor moeten hoeden zich niet schuldig te maken aan een verstoring van de mededinging door het vooropstellen van te lage prijzen. Langs de andere kant zal hij ook in staat moeten zijn de opdracht uit te voeren op grond van de door hem voorgestelde prijzen.

De toepassing van de procedure verloopt ook niet altijd vlekkeloos.

91. De vraag rijst in welke mate dit prijzenonderzoek nuttig is gezien de energie, tijd en de kosten, die de publieke en private sector hieraan spenderen.

In de mate dat het bestuur rekenschap moet afleggen ten aanzien van de burger voor de handelingen, die zij stelt, en de beslissingen, die zij neemt, geeft het prijzen- en kostenonderzoek aan de overheid een aantal elementen mee om haar uiteindelijke gunningsbeslissing te verantwoorden. Daarbij belasten te hoge bedragen onnodig het beschikbare budget en kunnen te lage bedragen de continuïteit van de openbare dienst in het gedrang brengen.

In een rechtstaat blijft het noodzakelijk dat een overheid rekenschap aflegt over haar handelen. Het optimaal besteden van de openbare financiën valt onder deze noemer.

