

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 208.286 van 21 oktober 2010
in de zaak A. 197.820/XII-6363**

In zake: de NV SITA RECYCLING SERVICES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens en Annelies Verlinden
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

Tussenkomende partij:

de NV PLASTIC OMNIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Erreygers en Christophe Lenders
kantoor houdend te Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 28 september 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Gemeente Kalmthout van 13 september 2010, zoals meegedeeld bij schrijven van 14 september 2010, waarbij de offerte van verzoekende partij werd geweerd als

zijnde onregelmatig op basis van abnormale prijzen en waarbij de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp ‘Beheer- en registratiesysteem voor huisvuilcontainers’ werd toegewezen aan de naamloze vennootschap Plastic Omnium”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 oktober 2010, om 11 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Annelies Verlinden, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Gitte Laenen, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Christophe Lenders, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De gemeente Kalmthout schrijft een overheidsopdracht van diensten uit met als voorwerp “Beheer- en Registratiesysteem voor huisvuilcontainers”. Er wordt gekozen voor de procedure van de algemene offerteaanvraag. De waarde van de opdracht wordt geraamd op 1.008.530 euro,

btw niet inbegrepen, voor de volledige looptijd van de opdracht die 10 jaar bedraagt.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 19 mei 2010 en het Publicatieblad van de Europese Unie van 20 mei 2010.

3.3. Het voorwerp van de opdracht wordt in de aankondiging als volgt omschreven:

“De opdracht omvat het herinvoeren en instandhouden van een aangepast beheer- en registratiesysteem voor huisvuilcontainers voor huishoudelijk afval over het volledige grondgebied van de gemeente Kalmthout.

De opdracht omvat :

- Post 1: Sensibilisatie, met inbegrip van een schriftelijke onderzoeks- en bevragsronde bij de volledige bevolking.
- Post 2: Aanpassingsfase. Uitzetten, wisselen of vervangen van huisvuilcontainers met inbegrip van de ingebruikstelling in de aanpassingsfase.
- Post 3: Nazorg. Het uitzetten, wisselen, vervangen of herstellen van huisvuilcontainers in de nazorgfase. Het installeren en onderhouden van een nazorgsysteem voor beheer en registratie van de huisvuilcontainers met inbegrip van de registratie van de inzamelgegevens van het afval (frequentie-registratie en gewichten).
- Post 4: Het leveren van huisvuilcontainers en onderdelen en chips”.

De aankondiging vermeldt tevens de volgende gunningscriteria:

1. Prijs - Weging : 400
2. Nazorg - Weging : 200
3. Registratiesysteem - Weging : 200
4. Sensibilisatie, bevraging en aanpassing van de containers - Weging : 100
5. Technische kwaliteit containers - Weging : 100

3.4. Met betrekking tot de prijsopgave bepaalt het bestek:

“De opdracht wordt beschouwd als een gemengde opdracht waarbij de prijzen als volgt worden samengesteld:

Post 1: prijs per aansluitpunt

Post 2: prijs per aansluitpunt waar containers moeten teruggehaald, gewisseld, uitgezet of aangepast worden in de aanpassingsfase

Post 3: prijs per uitgezette huisvuilcontainer per jaar

Verplichte variant 3.1: globale prijs per jaar

Verplichte variant 3.2: prijs per verstuurde belastingfactuur

Verplichte variant 3.3:

Prijs per uitgezette huisvuilcontainer per jaar voor de eerste 5 jaar

Prijs per uitgezette restafvalcontainer per jaar vanaf het 6e jaar

Post 4: prijs per geleverde container, onderdeel of chip

- De inschrijver wordt verondersteld in de eenheidsprijzen alle kosten, licenties, heffingen, enz. die op de opdracht betrekking hebben, van welke aard en omvang ook, te verrekenen in de opgegeven prijzen, met uitzondering van de BTW. Deze opsomming is niet limitatief.
- Bij het indienen van de offerte wordt de inschrijver geacht volledig op de hoogte te zijn van de aard en omvang van de opdracht, en van de situatie ter plaatse in verband met de uit te voeren opdracht”.

3.5. Twee inschrijvers dienen tijdig een offerte in, namelijk verzoekende partij en de nv Plastic Omnium.

3.6. Uit het verslag van nazicht blijkt dat verwerende partij in het kader van de kwalitatieve selectie met betrekking tot verzoekende partij opmerkt dat uit de offerte van deze inschrijver en de bijkomende verduidelijking blijkt dat een onderaannemer zal instaan voor de uitvoering van de posten 1, 2 en 3 ter waarde van ongeveer 86 % van de totale opdracht en dat verzoekende partij zelf slechts zal instaan voor de uitvoering van post 4. Opgemerkt wordt dat deze werkwijze door het aanbestedende bestuur als negatief wordt ervaren, gelet op de uitdrukkelijke vraag in het bestek om het beroep op onderaannemers te beperken. Niettemin wordt in het verslag van nazicht geoordeeld dat zowel verzoekende partij als de nv Plastic Omnium voldoen aan de kwalitatieve selectievoorwaarden.

Voor beide offertes worden echter een heel aantal vermoedelijk abnormale zowel lage als hoge eenheidsprijzen vastgesteld, die substantieel blijken af te wijken van de door verwerende partij opgestelde raming alsook een vermoedelijke abnormale totale offerteprijs voor de offerte van verzoekende partij.

3.7. Bij aangetekend schrijven van 16 augustus 2010 richt verwerende partij dan ook een verzoek tot prijsverantwoording aan verzoekende partij en de nv Plastic Omnium.

3.8. De nv Plastic Omnium verstrekt een prijsverantwoording per e-mail van 18 augustus 2010. Verzoekende partij antwoordt met een brief van 25 augustus 2010.

3.9. In het door verwerende partij als vertrouwelijk bestempelde deel van het verslag van nazicht wordt, wat de vermoedelijk abnormale eenheidsprijzen in de offerte van de nv Plastic Omnium betreft, opgemerkt dat het ofwel om een post gaat die niet meer relevant is omdat het bestuur heeft besloten geen gebruik te maken van de betrokken variante, ofwel om een post die slechts een zeer kleine waarde vertegenwoordigt ten opzichte van de totale offerteprijs en de offerte om die reden niet als onregelmatig wordt aangemerkt.

3.10. Wat de prijsverantwoording verstrekt door verzoekende partij betreft, wordt in het verslag van nazicht opgemerkt:

“Per brief van 25.08.2010 werd door de inschrijver geantwoord op het verzoek tot prijsverantwoording aangaande de schijnbaar abnormaal lage en hoge eenheidsprijzen.

Wat betreft de schijnbaar abnormaal lage eenheidsprijzen werd het volgende geformuleerd:

Betreffende nr. 1 mbt post 1, nr. 3 post 3, nr. 6 verplichte variante 3.3 en nr. 7 verplichte variante 3.3 wordt gesteld dat de prijszetting is gebaseerd op de basisberekening van onderaannemer D&C. Er wordt gesteld dat de tariefzetting van D&C goed is opgebouwd aangezien:

- Zij alles in eigen beheer doen
- Zij een eigen softwarepakket ontwikkeld hebben
- Zij ongeveer 25 projecten per jaar realiseren in binnen- en buitenland en dus veel ervaring hebben
- Zij een KMO zijn met ongeveer 80 mensen in dienst, waarvan 95% minimaal 7 jaar in dienst is. De bedrijfsleider is tevens eigenaar van de zaak
- Zij nog nooit een klacht of proces heeft gekregen

De inschrijver stelt dat de tariefzetting die Sita samen met D&C kan bieden, een marktconforme prijszetting is. De inschrijver zegt zelfs dat door de kleinschaligheid van dit project de prijzen redelijk hoog zijn in vergelijking met de andere projecten, zoals Infrabel, Aarschot en Bilzen. Er wordt vervolgens een "rekenvoorbeeld" gegeven voor de maandelijkse nazorg (post 3 ten belope van 37.922 euro per jaar). De inschrijver stelt tevens dat zij een winstmarge hanteren van ongeveer 15%. Deze prijsverantwoording wordt niet als afdoende beschouwd omwille van verschillende redenen:

- Er wordt door de inschrijver in hoofdzaak verwezen naar de prijszetting gehanteerd door de onderaannemer. Er worden vervolgens een aantal elementen aangereikt die de lage prijzen zouden moeten verantwoorden. Het betreft echter geen elementen die de onderaannemer dermate onderscheidt van de andere inschrijvers dat de prijzen kunnen worden aanvaard;
- Er wordt geen transparante en duidelijke prijsopbouw gegeven, de inschrijver beperkt zich tot slechts één rekenvoorbeeld voor wat betreft post 3 (nazorgfase).
- Uit het rekenvoorbeeld blijkt dat de prijsopbouw voor post 3 niet realistisch is, daar er slechts 4u administratie en 8u controle wordt voorzien per maand, terwijl het nochtans duidelijk de bedoeling is van het aanbestedend bestuur om het volledig beheer van de huisvuilcontainers in handen van de dienstverlener te geven. De prestaties zijn duidelijk weergegeven in onderdeel 11.3 van het bestek (pagina 21 ev.). De door de inschrijver voorziene tijdsbesteding kan onmogelijk volstaan voor de vervulling van de vermelde dienstverlening.
- In het kader van de meeste andere projecten die door de inschrijver worden opgegeven als referenties, vervult de dienstverlener niet dezelfde diensten als gevraagd in onderhavige opdracht.

Tevens blijkt dat de waarde van de relevante afwijkende posten (dwz zonder rekening ze houden met de posten betreffende de varianten, aangezien het aanbestedend bestuur heeft beslist om geen gebruik te maken van deze varianten) 86% bedraagt ten opzichte van de totaalprijs van de offerte, hetgeen niet te verwaarlozen is.

- Betreffende nrs. 8-9-10-11-13-14-15-16-17-19-20-21-22-25-27 stelt de inschrijver dat een strategische samenwerking hebben met OTTO containers, waarbij een raamovereenkomst is afgesloten voor de aankoop van alle rolcontainers voor alle divisies van Sita in Nederland, België, Duitsland, Zweden en Engeland. Deze schaalgrootte zou ervoor zorgen dat kan worden geprofiteerd van scherpe eenheidsprijzen. Bovendien is OTTO bereid geweest om een extra commerciële inspanning te leveren. Er wordt een verklaring bijgebracht door OTTO waarin staat dat zij een extra commerciële inspanning hebben geleverd op prijsniveau aangezien het slagen van dit project hen moet toelaten om in de nabije toekomst een referentie te worden in de IGEAN-regio.

De inschrijver beperkt zich ertoe te verwijzen naar de samenwerking met OTTO en naar de commerciële inspanningen die door deze laatste werden geleverd. Er worden echter geen objectieve elementen aangereikt die de prijszetting zouden kunnen verantwoorden. Tevens ontbreekt er een duidelijke en transparante prijsstructuur (van de onderaannemer). Nochtans betreft het vaststaande rechtspraak van de Raad van State dat het louter verwijzen naar de prijzen van de onderaannemer geen voldoende verantwoording kan bieden. De prijzen zijn immers alsdan zelf niet objectief verantwoord. De inschrijver moet namelijk de prijs van zijn onderaannemer zelf verantwoorden aan de hand van objectieve factoren of een verklaring voorleggen van zijn onderaannemer die zelf op grond van objectieve elementen de prijs verantwoordt. Dit is in casu niet het geval. Bovendien bedraagt de som van deze posten 13.5% ten opzichte van de totale offerteprijs, hetgeen niet kan worden verwaarloosd.

Wat betreft de schijnbaar abnormaal hoge eenheidsprijzen werd het volgende geformuleerd:

Betreffende nr. 2 post 2 - aanpassingsfase met uitzetten, wisselen of vervangen van huisvuilcontainers (prijs per aansluitingspunt) wordt gesteld dat de prijs niet te hoog is, aangezien de inventaris expliciet melding maakt van een prijs per aansluitingspunt mét aanpassingen en aangezien de vermoedelijke hoeveelheid slechts 1500 vermeldt. De inschrijver stelt dat een grotere hoeveelheid automatisch zal leiden tot een lager eenheidstarief omdat een aantal vaste kosten alsdan kunnen worden verspreid over de hogere aantallen.

Het aanbestedende bestuur aanvaardt deze verantwoording als afdoende, daar er objectieve elementen worden gegeven om te verklaren om welke redenen de prijs hoger is dan de geraamde prijs. Ook de prijs van de andere inschrijver is trouwens veel hoger dan de raming, zodat er wellicht ook sprake is van een onderschatte raming.

Betreffende nr. 24 wordt er opnieuw verwezen naar de samenwerking met OTTO. Tevens wordt vermeld dat een container van 3401 geen standaardcontainer is, hetgeen tevens de hogere prijszetting verklaart van het deksel als wisselstuk van een niet-standaardmodel.

Opnieuw wordt door de inschrijver verwezen naar de samenwerking met de onderaannemer OTTO, hetgeen niet als afdoende kan worden weerhouden. Tevens wordt er melding gemaakt van objectieve elementen (niet standaard model) om te verklaren om welke redenen de prijs hoger ligt dan de geraamde prijs. Bovendien bedraagt deze post slechts 0.04% van de totaalprijs van de offerte”.

Het verslag van nazicht besluit over de prijsverantwoording van verzoekende partij:

“Gelet op bovenstaande wordt de prijsverantwoording van Sita Recycling Services NV niet als afdoende weerhouden. De som van de posten waarvoor geen afdoende verantwoording wordt verstrekt, vertegenwoordigt een aanzienlijk deel van de totale offerteprijs van de inschrijver. De offerte wordt dan ook geweerd als zijnde onregelmatig”.

Vervolgens wordt in het verslag van nazicht voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Plastic Omnium.

3.11. Op 13 september 2010 beslist de gemeente Kalmthout om het verslag van nazicht, waarbij voorgesteld wordt de offerte van verzoekende partij onregelmatig te verklaren en de opdracht te gunnen aan de nv Plastic Omnium, integraal bij te treden. Dit is de thans bestreden beslissing.

3.12. Bij aangetekend schrijven van 14 september 2010 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte als onregelmatig werd geweerd en dat de opdracht werd gegund aan de nv Plastic Omnium. Als bijlage wordt een kopie van het verslag van nazicht gevoegd, dat evenwel gedeeltelijk onleesbaar werd gemaakt.

IV. Tussenkomen

4. Met een op 7 oktober 2010 ter griffie neergelegd verzoekschrift vraagt de nv Plastic Omnium om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens wordt haar verzoek ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering tot schorsing en werpt daartoe een exceptie op.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over die exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zouden slechts noodzakelijk zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de schorsing zijn vervuld, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

De aankondiging van de kwestieuze opdracht werd echter bekend gemaakt na 24 februari 2010.

Dienvolgens is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten te dezen van toepassing.

De voornoemde wet van 23 december 2009 is immers in werking getreden op 25 februari 2010 krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit van

10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Overeenkomstig artikel 7 van de voornoemde wet van 23 december 2009 bepaalt de Koning de datum van haar inwerkingtreding en zijn enkel overheidsopdrachten die zijn bekendgemaakt vanaf die datum, zoals de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

Volgens het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is aldus voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist. Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. Het eerste middel wordt gesteund op de schending van artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (hierna: het koninklijk besluit van 8 januari 1996), het redelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het “patere legem”- beginsel.

Volgens verzoekende partij heeft verwerende partij haar offerte ten onrechte als onregelmatig beschouwd. Zij wijst erop dat haar offerte geheel beantwoordt aan de in het bestek gestelde vereisten met betrekking tot de uitvoering van de opdracht. Dit wordt door verwerende partij, aldus verzoekende partij, nergens betwist zodat het normdoel van artikel 110 van voormeld koninklijk besluit dan ook bereikt is.

De enige vaststelling die volgens verzoekende partij geschiedde is een beweerde – doch niet gestaafde – afwijking van de prijzen in de offerte van verzoekende partij van een door verwerende partij op eigen initiatief opgestelde en niet-getoetste raming. Volgens verzoekende partij is het niet redelijk om haar offerte te weren op grond van een loutere toetsing aan een eenzijdige raming, terwijl de accuraatheid en effectiviteit van de offerte niet verder in vraag werd gesteld. De raming kan volgens verzoekende partij niet dienen als objectief gegeven, te meer daar deze volgens haar werd opgesteld op grond van prijzen die gelden voor de lopende opdracht, waarbij de nv Plastic Omnium optreedt als opdrachtnemer. Zij voert aan dat het uitgaan van bestaande prijzen in een lopende opdracht in het kader van de toetsing van de prijsverantwoording ook als een schending van het gelijkheidsbeginsel moet worden aangemerkt. Elke verwijzing naar de raming in het gunningsverslag moet volgens verzoekende partij voor niet geschreven worden gehouden.

Voorts wijst zij erop dat de zogenaamde “15 %-regel” zoals deze volgt uit artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, te dezen niet van toepassing is. De grens van 25 % die wordt vermeld in het verslag van nazicht heeft geen wettelijke basis en het stellen van een dergelijke absolute grens is volgens verzoekende partij ook in strijd met het meervermelde artikel 110, het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Ook zou de afwijking van de totale offerteprijs van verzoekende partij van de raming in het gunningsverslag verschillen van de afwijking vermeld in de vraag om prijsverantwoording.

Daarnaast wijst verzoekende partij erop dat zij met haar prijsverantwoording verwerende partij een goed inzicht heeft gegeven in de objectieve elementen die leidden tot de in haar offerte voorgestelde prijzen. Zij wijst erop dat het feit dat zij een beroep kan doen op de schaalvoordelen en de overige voordelen die voortvloeien uit haar samenwerking met de onderaannemer D&C en de onderaannemer OTTO, reeds door de Raad van State werd aanvaard als een objectief gegeven in het kader van een prijsonderzoek. Bovendien, zo stelt verzoekende partij, heeft zij zich te dezen geenszins beperkt tot een loutere verwijzing naar de prijzen van haar onderaannemer en leverancier.

Ten slotte zou verwerende partij in de bestreden beslissing de samenwerking met een onderaannemer ten onrechte negatief beoordelen, terwijl het bestek zelf zou toelaten dat wordt samengewerkt met onderaannemers. Aldus werd volgens verzoekende partij tevens het “patere legem”-beginsel geschonden.

Beoordeling

8. Artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidt:

“Vooraleer de aanbestedende overheid evenwel een offerte afwijst, wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, verzoekt zij de betrokken inschrijver per aangetekende brief hierover de nodige schriftelijke verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt. Het is de inschrijver die het bewijs moet leveren van de verzending van die verantwoordingen.

Bij het onderzoek van de vermoedelijk abnormale prijzen kan de aanbestedende overheid met name rekening houden met verantwoordingen gebaseerd op:

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

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

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

4° de naleving van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de opdracht wordt uitgevoerd;

5° de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver.

Wanneer het geraamde bedrag van de opdracht het bedrag voor de Europese bekendmaking bereikt en de aanbestedende overheid vaststelt dat een offerte abnormaal laag is doordat de inschrijver overheidssteun heeft ontvangen, kan de offerte alleen op uitsluitend die grond worden afgewezen indien de inschrijver desgevraagd niet binnen en door de aanbestedende overheid bepaalde voldoende lange termijn kan aantonen dat de betrokken steun rechtmatig is toegekend. Wanneer de aanbestedende overheid in een dergelijke situatie een offerte weert, stelt zij daarvan de Europese Commissie in kennis.”

De aanbestedende overheid beschikt over een ruime discretionaire bevoegdheid om al dan niet een procedure op te starten inzake abnormale prijzen; de Raad van State kan zich bij dergelijke beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur, maar hij mag wel nagaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bestreden beslissing in aanmerking mogen worden genomen hetgeen onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen.

Een inschrijver die een verzoek tot prijsverantwoording ontvangt overeenkomstig artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, moet weten dat dit een ernstige aangelegenheid is en dient zich ervan bewust te zijn dat hij zijn prijzen concreet en onderbouwd dient te verantwoorden aangezien hij het risico loopt dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard. De inschrijver mag zich dus niet beperken tot vaagheden en algemeenheden.

De loutere verwijzing naar de prijzen van de onderaannemer vermeerderd met een winstmarge volstaat in beginsel niet als prijsverantwoording.

De opmerking van een inschrijver in zijn prijsverantwoording dat hij zijn prijzen opnieuw onderzocht, dat deze marktconform zijn en een volledig conforme uitvoering waarborgen, maakt op het eerste gezicht evenmin een verantwoording uit nu dit een loutere bevestiging van de prijs is zonder enige concrete rechtvaardiging.

Het abnormaal karakter van een inschrijvingsprijs mag worden afgeleid uit een vergelijking met de gemiddelde prijzen van de andere inschrijvers. Ook de raming vormt in beginsel een aanvaardbaar vergelijkingspunt en een objectief gegeven.

9.1. Te dezen wordt in het verslag van nazicht van de inschrijvingen de prijsverantwoording die door verzoekende partij werd verstrekt met betrekking tot de vermoedelijk abnormaal lage eenheidsprijzen, niet aanvaard, worden de motieven hiervoor toegelicht en wordt besloten dat, aangezien de som van de posten waarvoor geen afdoende verantwoording wordt verstrekt een aanzienlijk deel van de offerteprijs van de inschrijver vertegenwoordigt, de offerte van verzoekende partij geweerd wordt als zijnde onregelmatig.

9.2. Met betrekking tot de opmerking van verzoekende partij dat haar offerte geheel zou beantwoorden aan de in het bestek gestelde vereisten met betrekking tot de uitvoering van de opdracht, wat door verwerende partij niet zou worden betwist en waardoor het normdoel van voormeld artikel 110 bereikt zou zijn, valt op te merken dat het al dan niet abnormaal karakter van de prijzen één van de elementen van de regelmatigheid van de offerte betreft, specifiek vanuit het oogpunt van de overeenstemming van de prijzen met de werkelijkheid. Zo wordt bijvoorbeeld in het verslag van nazicht met betrekking tot de prijsverantwoording van verzoekende partij voor nr. 3, post 3 inzake de nazorgfase (het installeren en onderhouden van een nazorgsysteem voor beheer en registratie van de huisvuilcontainers met inbegrip van registratie van de inzamelgegevens) uitdrukkelijk opgemerkt dat de door de inschrijver voorziene tijdsbesteding onmogelijk kan volstaan voor de vervulling van de in onderdeel III.3 van het bestek vermelde dienstverlening, opmerking die door verzoekende partij niet expliciet lijkt te worden betwist.

9.3. Wat de problematiek van de raming betreft is deze, aldus verwerende partij, gebaseerd op een zeer gedetailleerde en omstandige studie van verschillende documenten en gegevens die zij neerlegt als vertrouwelijke stukken

van het administratief dossier, inzonderheid van 1) een vergelijkende marktstudie, uitgevoerd door de gemeentelijke milieudienst, 2) eenheidsprijzen uit de eigen contracten van verwerende partij, 3) gegevens verkregen uit Schoten en Schilde, 4) gegevens van IDM (intercommunale Durme-Moervaart voor huisvuilverwerking en milieuzorg en 5) prijsvergelijkingen uitgaande van IGEAN (opdrachthoudende vereniging IGEAN Milieu en Veiligheid) die eveneens een marktstudie zou hebben gemaakt van alle verschillende systemen.

Op basis van deze stukken kan op het eerste gezicht in elk geval niet aangenomen worden dat de raming louter zou zijn opgemaakt op basis van de prijzen die gelden voor de lopende opdracht waarbij de thans gekozen inschrijver optreedt als opdrachtnemer. De beweerde schending van het gelijkheidsbeginsel op dit punt wordt op het eerste gezicht dan ook niet aangetoond.

Bovendien dient te worden vastgesteld dat de offerte van verzoekende partij, anders dan zij voorhoudt, geenszins onregelmatig werd verklaard op basis van een loutere toetsing aan de raming. Verwerende partij heeft aan beide inschrijvers prijsverantwoordingen gevraagd in geval van afwijking van de raming van meer dan 25 %. Bij het onderzoek van de prijsverantwoordingen van verzoekende partij met betrekking tot de vermoedelijk abnormale lage eenheidsprijzen wordt niet alleen verwezen naar de raming, doch wordt onder meer ook opgemerkt dat de elementen die verzoekende partij aanhaalt in haar prijsverantwoording, geen elementen betreffen die de onderaannemer dermate onderscheidt van de andere inschrijver dat de prijzen kunnen worden aanvaard en dat uit het enige rekenvoorbeeld dat verzoekende partij in haar prijsverantwoording geeft, blijkt dat de prijsopbouw voor post 3 (nazorgfase) niet realistisch is gelet op de bedoeling van het bestuur zoals aangegeven in het bestek om het volledige beheer van de huisvuilcontainers in handen van de dienstverlener te geven.

9.4. Uit het verslag van nazicht blijkt dat verwerende partij geen toepassing heeft gemaakt van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. In het kader van de ruime discretionaire bevoegdheid waarover de

aanbestedende overheid beschikt, gaat de beslissing van verwerende partij over te gaan tot het opvragen van een prijsverantwoording bij beide inschrijvers indien een afwijking werd vastgesteld van meer dan 25 % van de raming, de perken van de redelijkheid niet te buiten. Hiermee stelt verwerende partij geen absolute grens vast op basis waarvan zij besluit tot het abnormaal karakter van de prijzen; het betreft slechts een gekozen grens op basis waarvan zij in het concrete dossier besliste een prijsonderzoek te voeren.

9.5. De verklaring van verwerende partij omtrent het verschil tussen de afwijking van de totale offerteprijs van verzoekende partij ten opzichte van de raming in het gunningverslag en de afwijking vermeld in de vraag om prijsverantwoording, namelijk dat er een herberekening is in functie van de looptijd, kan op het eerste gezicht worden aanvaard.

9.6. Prima facie lijkt de aanbestedende overheid de grenzen van een redelijke beoordeling niet te buiten zijn gegaan door, op grond van de motieven vermeld in het verslag van nazicht, de prijsverantwoording van verzoekende partij met betrekking tot de vermoedelijk abnormaal lage eenheidsprijzen niet te aanvaarden en vervolgens, aangezien de som van de posten waarvoor volgens verwerende partij geen afdoende verantwoording wordt verstrekt, een aanzienlijk deel van de offerteprijs van de inschrijver vertegenwoordigt, de offerte van verzoekende partij onregelmatig te verklaren.

Verwerende partij lijkt terecht op te merken dat de prijsverantwoording van verzoekende partij van 25 augustus 2010, op één rekenvoorbeeld na, geen cijfermatige gegevens bevat die haar prijzen concreet onderbouwen. Met betrekking tot het enige rekenvoorbeeld dat verzoekende partij in haar prijsverantwoording geeft, lijkt verwerende partij op het eerste gezicht terecht op te merken dat de prijsopbouw voor post 3 (nazorgfase) niet realistisch is gelet op de bedoeling van het bestuur zoals aangegeven in het bestek om het volledige beheer van de huisvuilcontainers in handen van de dienstverlener te geven. Verzoekende partij lijkt deze kritiek van verwerende partij niet te weerleggen.

Bovendien zet verwerende partij op het eerste gezicht in het verslag van nazicht op voldoende wijze uiteen waarom de verwijzing naar de prijszetting gehanteerd door onderaannemer D&C niet volstaat. Verzoekende partij lijkt in het licht van het verweer in de nota niet aan te tonen dat verwerende partij onzorgvuldig handelde of de grenzen van haar beoordelingsvrijheid om de gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden heeft overschreden door te oordelen dat de elementen die verzoekende partij aanhaalt om de prijzen van D&C te verantwoorden, geen elementen zijn die de onderaannemer dermate onderscheiden van de andere inschrijver dat de prijzen kunnen worden aanvaard.

Verder lijkt verwerende partij, rekening houdende met de belangrijke prijsafwijkingen ten opzichte van de prijs van de raming en de andere inschrijver, de grenzen van een redelijke beoordeling niet te buiten te zijn gegaan door te oordelen dat een loutere verwijzing naar de raamovereenkomst met onderaannemer OTTO en naar de commerciële inspanningen die door deze onderaannemer worden geleverd, zonder opgave van een duidelijke en transparante prijsstructuur van deze onderaannemer, niet van aard is om de prijsverantwoording als afdoende te beschouwen.

9.7. Wat ten slotte de beweerde schending van het beginsel “*patere legem*” betreft, volstaat in de huidige stand van het geding de vaststelling dat niet aangenomen kan worden dat de offerte van verzoekende partij om reden van een bepaalde samenwerking met een onderaannemer onregelmatig werd verklaard. Integendeel blijkt uit het verslag van nazicht dat zij ondanks voormelde negatieve opmerking toch werd geselecteerd.

10. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

11. Het tweede middel wordt afgeleid uit de schending van de formele motiveringsplicht zoals deze volgt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de materiële motiveringsplicht, de motiveringsplicht zoals opgenomen in artikel 80, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, alsook van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel.

Verzoekende partij voert daartoe aan dat verwerende partij de bestreden beslissing niet heeft gemotiveerd in overeenstemming met de formele en de materiële motiveringsplicht. Bovendien heeft verwerende partij haar verplichting miskend om, overeenkomstig artikel 80 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, de niet gekozen inschrijver in kennis te stellen van de precieze motieven van het weren van zijn offerte.

In de eerste plaats acht verzoekende partij de formele en materiële motiveringsplicht geschonden in de mate dat de bestreden beslissing de totaalprijs van haar offerte als abnormaal laag beschouwt. Zij merkt op dat verwerende partij, ondanks de door haar verstrekte verantwoording voor de totaalprijs, volkomen voorbijgaat aan de door haar aangehaalde elementen. Volgens verzoekende partij stelt het verslag van nazicht enkel de afwijking van haar totaalprijs van het gemiddelde en de raming vast. Zoals reeds gesteld in het kader van het eerste middel is de raming, aldus verzoekende partij, geen geldige beoordelingsparameter. Voorts verschilt de vastgestelde afwijking in het schrijven van 16 augustus 2010 van deze in het verslag van nazicht, wat impliceert dat de raming ten onrechte werd aangepast. Dit verschil in afwijking wordt op geen enkele wijze verantwoord door verwerende partij. Dat de deelnemers aan de procedure voorafgaand niet in kennis werden gesteld van de raming houdt volgens verzoekende partij een manifeste schending in van het transparantiebeginsel.

Daarnaast is er volgens verzoekende partij sprake van een schending van de formele en materiële motiveringsplicht, in de mate dat de bestreden beslissing de betreffende eenheidsprijzen van verzoekende partij als abnormaal laag beschouwt. Ook hier zou verwerende partij voorbij gaan aan de prijsverantwoording verstrekt door verzoekende partij. Er worden volgens verzoekende partij wel degelijk elementen aangebracht die het prijsverschil met de andere inschrijver kunnen rechtvaardigen. Voorts merkt zij op dat verwerende partij niet afdoende motiveert waarom haar prijsverantwoording niet transparant en onduidelijk zou zijn opgebouwd. Verder is het volgens haar verwonderlijk dat verwerende partij enerzijds haar referenties wel aanvaardt in het kader van de kwalitatieve selectie, doch dat deze niet zouden worden aanvaard in het kader van de verantwoording van abnormale eenheidsprijzen. Ten slotte gaat verwerende partij volgens verzoekende partij ook voorbij aan de algemene toelichting inzake de prijszetting die zij heeft gegeven in haar prijsverantwoording, in het bijzonder het feit dat de samenwerking met onderaannemer OTTO leidt tot schaalvoordelen en dat OTTO een extra commerciële inspanning deed.

Beoordeling

11.1. In de eerste plaats valt op te merken dat artikel 80, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, zoals vervangen bij koninklijk besluit van 10 februari 2010, niet van toepassing is op de voorliggende opdracht nu deze bepaling slechts geldt voor opdrachten waarvan de goed te keuren uitgave zonder btw 67.000 euro niet overschrijdt. Mocht verzoekende partij doelen op artikel 65/8 van de wet 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna: de wet van 24 december 1993) dat voorschrijft dat de aanbestedende instantie onmiddellijk na het nemen van de gunningbeslissing aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig is bevonden, de motieven voor de wering dient mee te delen in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing, dient te worden vastgesteld dat verwerende partij aan voormelde verplichting lijkt te hebben voldaan met een

aangetekend schrijven van 14 september 2010.

11.2. Voorts wordt in de bestreden beslissing de inhoud van het verslag van nazicht integraal bijgetreden en bevestigd. In het verslag van nazicht worden de redenen opgegeven waarom de prijsverantwoording van verzoekende partij voor wat betreft de vermoedelijk abnormale lage eenheidsprijzen niet wordt aanvaard. Aldus lijkt aan de formele motiveringsplicht te zijn voldaan. Aangezien verzoekende partij in haar verzoekschrift uitgebreid kritiek levert op de motieven, lijkt in elk geval de doelstelling van de formele motiveringsverplichting te zijn bereikt.

11.3. De argumentatie van verzoekende partij met betrekking tot het gebrek inzake de motivering wat de totaalprijs van haar offerte betreft lijkt niet pertinent. Uit het verslag van nazicht lijkt op het eerste gezicht te moeten worden afgeleid dat voor wat betreft de offerte van verzoekende partij weliswaar een vermoedelijk abnormaal lage totaalprijs werd vastgesteld, doch dat de offerte van verzoekende partij niet geweerd werd omwille van een abnormaal lage totaalprijs, doch wel omwille van abnormaal lage eenheidsprijzen en het feit dat de som van de posten waarvoor geen afdoende verantwoording werd verstrekt een aanzienlijk deel vertegenwoordigde in de totale offerteprijs van verzoekende partij.

11.4. Voor wat betreft het beweerde gebrek aan materiële motivering inzake de vaststelling van de abnormaal lage eenheidsprijzen volstaat het te verwijzen naar de beoordeling van het eerste middel.

11.5. Verder lijkt het niet tegenstrijdig dat verwerende partij de referenties van verzoekende partij wel aanvaardt in het kader van de selectie waar slechts een lijst werd gevraagd van de voornaamste diensten uitgevoerd tijdens de laatste drie jaar, doch dat zij deze referenties niet aanvaardt ter verantwoording van vermoedelijk abnormaal lage prijzen wanneer zij van oordeel is dat deze niet dezelfde diensten betreffen als gevraagd in de voorliggende opdracht.

11.6. Ten slotte, wat betreft de kritiek van verzoekende partij dat het feit dat de deelnemers aan de procedure voorafgaand niet in kennis werden gesteld van de raming, een schending zou inhouden van het transparantiebeginsel, dient te worden opgemerkt dat het transparantiebeginsel niet lijkt in te houden dat een aanbestedende overheid gehouden zou zijn tot de voorafgaande mededeling van de raming en de opbouw ervan.

12. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

13. In het derde middel voert verzoekende partij de schending aan van “het zorgvuldigheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, zoals deze worden gewaarborgd overeenkomstig het EU-Verdrag, alsook het zuinigheidsbeginsel”.

Volgens verzoekende partij heeft verwerende partij in de eerste plaats nagelaten om een correct, volledig en adequaat onderzoek te voeren alvorens de bestreden beslissing te nemen. Doordat verwerende partij niet alle door verzoekende partij in haar prijsverantwoording aangehaalde objectieve elementen in aanmerking heeft genomen, heeft verwerende partij manifest onzorgvuldig gehandeld. Verzoekende partij verwijst hierbij naar haar uiteenzetting van het tweede middel. Bovendien blijkt op uitdrukkelijke wijze een tegenstrijdigheid inzake de beoordeling van de afwijking van de totale offerteprijs.

Daarnaast zou de raming van verwerende partij niet op een zorgvuldige en transparante wijze onderbouwd zijn. Voor zover de raming werd gesteund op eerdere contracten voor de uitvoering van de opdracht, dient te worden vastgesteld dat deze raming achterhaald is. Bovendien zou verzoekende partij volkomen in het ongewisse blijven met betrekking tot het opstellen van de raming en de wijze waarop dit geschiedde. Ten slotte wijst zij ook hier op voormelde

tegenstrijdigheid tussen de door verwerende partij opgemerkte afwijking ad 40 % en die ad 53,8 % .

Voorts zou de bestreden beslissing niet op een zorgvuldige en transparante wijze ter kennis zijn gebracht aan verzoekende partij nu het verslag van nazicht het stilzwijgen bewaart over de afwijking van de totale offerteprijs van de nv Plastic Omnium; de passages met betrekking tot de vermoedelijke abnormale eenheidsprijzen en de aangeleverde prijsverantwoordingen werden onleesbaar gemaakt. Verzoekende partij wijst erop dat zij aldus onmogelijk kan nagaan of het onderzoek gebeurde met in acht name van het beginsel van de gelijkheid van de inschrijvers.

Door te kiezen voor een duurdere oplossing heeft verwerende partij ook in strijd met het zuinigheidsbeginsel gehandeld.

Beoordeling

14.1. Wat betreft de kritiek van verzoekende partij dat verwerende partij zou hebben nagelaten een correct, volledig en adequaat onderzoek te voeren alvorens de bestreden beslissing te nemen en om alle objectieve elementen in de prijsverantwoording in aanmerking te nemen en wat betreft de argumentatie van verzoekende partij inzake de raming, kan worden volstaan te verwijzen naar de beoordeling van het eerste en tweede middel om deze niet ernstig te bevinden.

14.2. In verband met het beweerd gebrek aan een zorgvuldige en transparante kennisgeving, dient te worden gewezen op artikel 65/8 van de wet van 24 december 1993 dat voorschrijft dat de aanbestedende instantie onmiddellijk na het nemen van de gunningbeslissing aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig is bevonden de motieven voor de wering dient mee te delen in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing. Zoals bij de beoordeling van het tweede middel blijkt, heeft verwerende partij aan voormelde verplichting voldaan.

Voorts lijkt verwerende partij terecht te verwijzen naar artikel 65/10, § 1, van de wet van 24 december 1993 dat de aanbestedende instantie verbiedt bepaalde gegevens mee te delen indien de openbaarmaking nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van particuliere ondernemingen of de eerlijke mededinging tussen ondernemingen zou kunnen schaden.

In het kader van de huidige procedure voor de Raad van State heeft verwerende partij bovendien als vertrouwelijk stuk ook een integrale kopie van het verslag van nazicht neergelegd, die weliswaar niet raadpleegbaar is door verzoekende partij, doch waarmee de Raad van State bij zijn beoordeling rekening lijkt te kunnen houden. Aldus is de Raad van State wel degelijk in de mogelijkheid om na te gaan of verwerende partij het prijsonderzoek heeft gevoerd met in acht name van het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers, wat op het eerste gezicht het geval lijkt; het geheel van de abnormale prijzen van tussenkomende partij was slechts zeer marginaal daar waar dit bij verzoekende partij zeer substantieel was.

14.3. Ten slotte, voor wat betreft de kritiek van verzoekende partij dat verwerende partij te dezen gehandeld zou hebben in strijd met het zuinigheidsbeginsel volstaat het op te merken dat verzoekende partij niet aantoonde hoe dit door haar aangevoerd beginsel van behoorlijk bestuur te dezen zou vermogen te leiden tot het niet toepassen van de betrokken regelgeving.

15. Het derde middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

16. Nu alle middelen niet ernstig werden bevonden dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden verworpen.

BESLISSING

- 1. Het verzoek van de nv Plastic Omnium tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.**
- 2. De Raad van State verwerpt de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.**
- 3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.
De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 21 oktober 2010, door de Raad van State, XII^e kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra