RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 211.430 van 22 februari 2011
in de zaak A. 198.918/XII-6477

In zake: de NV DESIRE STADSBADER-FLAMAND
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te Sint-Denijs-Westrem-Gent
MG Building II
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 21 januari 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van 13 december 2010 van het districtscollege van het District Antwerpen van de Stad Antwerpen, waarbij in het kader van de openbare aanbesteding voor de opdracht van aanneming van werken 'De Bruynlaan – VIIde Olympiadelaan. District Wilrijk en Antwerpen. Bestratings- en rioleringswerken' wordt beslist (1) om de offerte van de verzoekende partij niet te weerhouden wegens substantiële onregelmatigheid omdat de door haar verstrekte prijsverantwoording voor de eenheidprijs van post 45 niet voldoet, en waarbij (2) tevens wordt beslist om de opdracht te gunnen aan de nv Van Wellen, Klinkaardstraat 198, 2950 Kappelen, als laagste regelmatige inschrijver".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 februari 2011, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Leopold Schellekens, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor een opdracht van werken “SW/OD/08/05370 – riolerings- en bestratingswerken: De Bruynlaan - VIIde Olympiadelaan (district Wilrijk en Antwerpen)”.

3.2. De geraamde waarde van de opdracht bedraagt volgens het gunningsverslag 3.976.913,59 euro, btw niet inbegrepen.

3.3. De aankondiging van de opdracht wordt op 5 oktober 2010 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.4. Op 8 november 2010 worden zes offertes ingediend waaronder deze van verzoekende partij en van de nv Aannemingen Van Wellen. Deze laatste stelt blijkens het proces-verbaal van openbare aanbesteding in haar offerte de

laagste prijs voor (3.267.401, 08 euro) vóór verzoekende partij (3.271.393, 26 euro).

3.5. Met een brief van 6 december 2010 vraagt verwerende partij aan verzoekende partij binnen zeven kalenderdagen na postdatum van die brief een prijsverantwoording in te dienen voor post 45 “Afvoer incl. laden en vervoeren en verwerken van teerhoudend asfalt (opbraak is inbegrepen in posten opbraak)”. Er wordt vermeld dat haar inschrijvingsprijs voor deze post na vergelijking van de ingediende prijzen abnormaal laag wordt bevonden en dus niet kan worden aanvaard dan na een degelijke prijsverantwoording.

Met een brief van 7 december 2010 deelt verzoekende partij de volgende prijsverantwoording mee:

> “In bijlage treft u onze prijsverantwoording aan van de door u gevraagde post 45.
> Het teerhoudend asfalt wordt op ons depot te Kallo behandeld tot een cementgebonden steenslag en wordt verwerkt in een ander werk als fundering type IA.
> Het uitgangspunt voor de berekening van de kostprijs van deze post was de volgende:
> • Hoeveelheid teerhoudend asfalt begroot in post 45 (4.200 t) is groter dan 1500 m³ (1500 x 2.3t/m³ = 3450 ton).
> • Hoeveelheden teerhoudend asfaltpuingranulaat groter dan 1500 m³ mogen volgens OVAM verwerkt worden als grondstof voor het maken van steenslagfundering type IA, zijnde cementgebonden steenslag (zie uittreksel typebestek 250 in bijlage), mits aanvraag van een gebruikscertificaat.
> • Ons depot te Kallo is vergund voor het stapelen van teerhoudende asfalt (zie bijlage).
> Indien er nog vragen zijn, kunt u altijd terecht bij ir. R. Van Meerbeeck 0475/95.71.54.
> Bijlage:
> 1. Milieuvergunning depot Kallo (20 blz) zie pg. 12 punt 2.2.2.g.2
> 2. Prijsverantwoording post 45 (1 blz)
> 3. Uittreksel typebestek 250 (blz. III-11, III-34 en 35 en V-20)
> 4. Uittreksel Ovam”.

De “prijsverantwoording” (bijlage 2) luidt:

“

Post	Beschrijving	Eenheid e^1	Hoeveelheid	Eenheidsprijs EP		Totale prijs
45	Afvoer incl. laden, vervoer en verwerken en teerhoudende asfalt	t	4.200,00	0,26		1.092,00
	Beschrijving	Eenheid e2	Waarde P	Rendement Een-heid e_1/e_2	Waar de	Totale Prijs P/R
Leveringen	Waarde (grondstof) (inclusief alg. onkosten 17 %)	€/t				-4,80
Materieel	<u>Afvoer Kallo</u> Vrachtwagenkipper x 4 (post 210)	€/u	312,24	t/u	85,00	3,67
	<u>Stapelen depot</u> Graafmachine (post 211)	€/u	117,82	t/u	85,00	1,39
Manuren	inbegrepen					
Onder-aannemers Leveringen Materieel Manuren						
DIVERSE						
				Totaal		0,26

”.

Het “uittreksel typebestek 250” omschrijft onder meer “teerhoudend gebroken asfaltpuin”, de eisen waaraan dat moet voldoen en het gebruik van “fundering in teerhoudend asfaltgranulaatcement”.

Het “uitreksel Ovam” is een tekst waarin wordt bevestigd dat teerhoudend asfaltpuin als bouwstof kan worden gebruikt mits aan voorwaarden is voldaan; het mag onder meer “enkel op koude wijze in geïnventariseerde werken met een minimumomvang van 1500 m3 gebruikt worden in een fundering die bestaat uit asfaltgranulaatcement”.

3.6. In een gunningsverslag dat gedateerd is op 7 december 2010 - dit is volgens verwerende partij slechts de datum van aanvang van de redactie ervan maar niet de einddatum - , wordt deze prijsverantwoording om de volgende redenen niet aanvaard en wordt de offerte van verzoekende partij niet “weerhouden”:

> “Bij nazicht van de offertes worden volgende firma’s niet weerhouden: nv D. Stadsbader - Flamand, Kanaalstraat 1, 8530 Harelbeke.
> Het bedrijf stadsontwikkeling vroeg een specifieke prijsverantwoording voor post 45 ‘afvoer incl., laden en vervoeren en verwerken van teerhoudend asfalt (opbraak is inbegrepen in posten opbraak)’. Deze post was abnormaal laag. De firma nv D. Stadsbader - Flamand motiveerde zijn inschrijvingsprijs voor deze post. Het bedrijf stadsontwikkeling gaat niet akkoord met deze prijsverantwoording, omwille van volgende redenen:
> - In zijn prijsverantwoording voor afvoer en verwerken van teerasfalt (post 45) wordt door nv D. Stadsbader - Flamand enkel een prijs gegeven voor transport en lossen van de teerasfalt. De kosten voor stockeren op een vloeistofdichte ondergrond voorzien van een koolwaterstofafscheider en het verwerken (mengen van de teerasfalt met cement in een betoncentrale) zijn niet opgenomen in de prijsverantwoording.
> - Bovendien stelt de aannemer dat er winst wordt berekend bij herplaatsing, terwijl er kosten verbonden zijn om deze afvalstof te herplaatsen.
> - Uit onafhankelijke bron (Emis= energie- & milieu-informatiesysteem voor het Vlaamse Gewest) blijkt dat voor het koud verwerken van (teerhoudend) asfalt een kostprijs mag worden gerekend van 25,00 euro per ton. Deze prijs komt overeen met de inschrijvingen van de andere kandidaten. De gemiddelde prijs bedraagt 24,43 euro. De prijs opgegeven door nv D. Stadsbader - Flamand is aanzienlijk lager. Het bedrijf stadsontwikkeling is van mening dat deze werken niet uitgevoerd kunnen worden voor deze prijs.
> De offerte van de nv D. Stadsbader - Flamand, Kanaalstraat 1, 8530 Harelbeke wordt dus niet weerhouden”.

De overige offertes worden wel regelmatig bevonden en er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Van Aannemingen Van Wellen als

laagste regelmatige inschrijver tegen de som van 3.267.395,96 euro meer 439.578,15 euro btw.

3.7. Op 13 december 2010 keurt de stad Antwerpen, District Antwerpen, Districtscollege, dit voorstel goed en beslist zij de opdracht te gunnen aan de nv Aannemingen Van Wellen.

Dit is de bestreden beslissing die in haar overwegingen ook de beslissing omvat om de offerte van verzoekende partij niet te “weerhouden”.

Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief van 7 januari 2011 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat haar offerte niet werd “weerhouden” “wegens een substantiële onregelmatigheid, omdat [haar] prijsverantwoording niet voldoet”. De gunningsbeslissing en het gunningsverslag worden bijgevoegd. Er wordt geen melding gemaakt van een wachttermijn.

3.8. In een brief van 12 januari 2011 deelt verzoekende partij de aanbestedende overheid mee dat zij zich niet akkoord verklaart met de beslissing tot wering van haar offerte als onregelmatig en met de beslissing tot gunning aan de nv Aannemingen Van Wellen en wijst zij op de verplichting tot het naleven van een standstill- termijn.

De vordering tot schorsing wordt ingediend op 21 januari 2011.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens 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.

5. De aankondiging van de kwestieuze opdracht werd echter bekendgemaakt 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.

Overeenkomstig het in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoerde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist. Artikel 65/15, tweede lid, verplicht verzoekende partij bovendien tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Dit geldt ongeacht of de opdracht de Europese drempel bereikt of niet. Artikel 65/31 van de wet van 24 december 1993 maakt artikel 65/15 immers ook toepasselijk op opdrachten die de Europese drempel niet bereiken.

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.

V. Onderzoek van de middelen

Enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een enig middel roept verzoekende partij de schending in van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten van aanneming voor werken, leveringen en diensten, van artikel 110 § 2 en § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van "het algemeen beginsel waardoor elke overheid verplicht wordt haar beslissing op deugdelijke gronden te motiveren / de materiële motiveringsplicht" en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid van het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

In essentie voert zij aan dat de argumentatie van verwerende partij om de prijsverantwoording voor de eenheidsprijs van post 45 niet te aanvaarden, die eenheidsprijs van post 45 blijvend als abnormaal laag te aanzien en haar offerte daarom wegens substantiële onregelmatigheid te weren, niet steunt op afdoende, deugdelijke, draagkrachtige en inhoudelijk juiste motieven, en geen blijk geeft van een deskundig en grondig onderzoek van de verstrekte prijsverantwoording met inachtneming van het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel, alsook dat de beoordeling van verwerende partij de perken van de redelijkheid te buiten gaat.

Zij benadrukt in de eerste plaats dat zij in haar prijsverantwoording een gedetailleerde prijsopbouw van deze eenheidsprijs gaf en verantwoordde dat deze prijsopbouw enkel transportkosten en stapel/aflaadkosten in rekening bracht (3,67 euro/ton en 1,39 euro per ton) naast een negatief in rekening te brengen waarde van het teerhoudend asfalt als grondstof geschikt voor recyclage (-4,80 euro/ton), precies omdat zij voor de uitvoering van deze post koos voor een specifieke technische oplossing om het teerasfalt op haar depot te Kallo te

behandelen en te recycleren tot een cementgebonden steenslag die als grondstof *casu quo* funderingsmateriaal zal worden verwerkt in een ander werk voor een andere opdrachtgever voor de aanleg van een cementgebonden steenslagfundering type IA, optie die geenszins is uitgesloten in het bestek.

Vervolgens betwist zij de motieven waarom haar prijsverantwoording niet werd aanvaard.

Zij meent aldus dat de kosten voor stockeren op een vloeistofdichte ondergrond voorzien van een koolwaterstofafscheider en het verwerken (mengen van de teerasfalt met cement in betoncentrale) niet moesten worden aangerekend en ingerekend zijn nu zodra het teerasfalt op haar depot te Kallo is afgeladen en gestapeld de daaropvolgende kosten voor het opslaan van het teerasfalt - conform de milieuvergunning op een in het depot voorhanden zijnde vloeistofdichte vloer met afwatering - en het verwerken tot cementgebonden steenslag niet meer voor rekening van de in het geding zijnde opdracht is. Zij heeft het teerasfalt precies van verwerende partij overgenomen als te recycleren grondstof - tegen een marktconforme vergoeding via de prijscomponent - voor het vervaardigen van cementgebonden steenslag dat zij vervolgens zal gebruiken in andere werken voor andere opdrachtgevers voor het aanleggen van steenfundering type 1A en het zijn dan ook deze andere opdrachtgevers aan wie de kosten voor de productie en levering van deze cementgebonden steenslag worden aangerekend waaronder ook de kosten van het stockeren en van het mengen van teerasfalt met de cement in de betoncentrale.

Zij werpt voorts op dat zij niet stelde dat er winst wordt berekend bij herplaatsing maar enkel dat teerasfalt voor haar een bepaalde waarde heeft. In de mate dat wordt verwezen naar de kosten verbonden aan het herplaatsen van deze afvalstof, herhaalt zij dat er op zich wel “kosten verbonden zijn aan het verwerken van het recyclagemateriaal tot cementgebonden steenslag en het plaatsen daarvan tot een steenslagfundering”, maar dat dit niet betekent dat die kosten van herplaatsen *casu quo* verwerking tot cementgebonden steenslag en het aanleggen van een steenslagfundering daarmee op een ander werk, meteen ook kosten zijn ten laste van de in het geding zijnde opdracht.

Inzake het motief dat uit onafhankelijke bron EMIS blijkt dat voor het koud verwerken van teerhoudend asfalt een kostprijs geldt van 25 euro per ton, prijs die overeenkomt met de inschrijvingen van de andere kandidaten met een gemiddelde prijs van 24,43 euro, benadrukt zij dat nergens wordt verduidelijkt welke wijze van verwerking de andere inschrijvers in hun “gemiddelde” eenheidsprijs hebben aangerekend en dat men vanzelfsprekend pas prijzen kan vergelijken die dezelfde werken en handelingen betreffen. De gemiddelde eenheidsprijs van 24,43 euro van de andere inschrijvers wijst er volgens haar op dat deze niet kozen voor werken met recyclage van het teerasfalt in hun eigen depot en cementcentrale maar wel een prijs aanrekenden voor het afvoeren van het teerhoudend asfalt naar een verwerkingscentrum voor gevaarlijke afvalstoffen om daar als gevaarlijk afval te worden verwerkt. Zulks kost veel meer dan het recycleren zoals verzoekende partij doet - namelijk tussen 25 à 34 euro/ton - en - als enige - kan doen nu zij van alle inschrijvers de enige is die de nodige vergunningen heeft om teerhoudend asfaltpuin op haar eigen depot over te nemen, te stapelen en in haar eigen centrale te verwerken tot cementgebonden steenslag en aldus te recycleren. Evenmin is volgens verzoekende partij duidelijk wat onder de kostprijs van 25 euro volgens EMIS is begrepen, zodat ook dit op heel verschillende zaken kan slaan zoals op een verwerking als gevaarlijk afval of op de volledige kostprijs, om te komen tot de aanleg op een werf van type IA steenslagfundering aangemaakt met gerecycleerd teerasfalt terwijl het merendeel van die kosten namelijk de kosten vanaf stockeren en vervolgens verwerking tot cementgebonden steenslag tot de aanleg van de fundering niet ten laste zijn van deze opdracht maar aangerekend worden aan de volgende klant(en).

Dat verwerende partij de prijsverantwoording geenszins op grondige en deskundige wijze heeft onderzocht wordt volgens verzoekende partij bevestigd door het feit dat het gunningsverslag gedateerd is op 7 december 2010, dus de datum waarop verzoekende partij haar prijsverantwoording per aangetekende brief verzond en waarop verwerende partij dus van die prijsverantwoording nog geen kennis kon hebben. Ook gelet op de korte tijdspanne tussen de vraag tot prijsverantwoording op 6 december 2010 en de datum waarop men wou beslissen en besliste, 13 december 2010, heeft men duidelijk niet veel tijd genomen om de prijsverantwoording grondig en deskundig te onderzoeken zoals het hoort en wou men dit kennelijk ook niet.

Aangezien aldus de laagste offerte van verzoekende partij ten onrechte als onregelmatig wegens een abnormaal lage eenheidsprijs voor post 45 werd geweerd, staat niet meer vast dat met de gunning aan de nv Aannemingen Van Wellen werd gegund aan de laagste regelmatige inschrijver nu dit verzoekende partij zelf is. Bijgevolg werd ook artikel 15 van de wet van 24 december 1993 geschonden.

Beoordeling

7. Het geschonden geachte artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, bepaalt dat “de opdracht [...] bij openbare of beperkte aanbesteding [dient] toegewezen te worden aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende”.

8. Het eveneens geschonden geachte artikel 110, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken luidt:

> “§ 2. Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen.
> § 3. 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 toestaat.
> 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.
[…]".

9. Bij het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen overeenkomstig dat artikel 110, § 3, heeft de aanbestedende overheid een ruime discretionaire bevoegdheid om de in het kader van dat artikel gegeven verantwoordingen al dan niet te aanvaarden. Dienvolgens komt het niet aan de Raad van State toe om een eigen beoordeling in de plaats van deze van het bestuur te stellen, doch enkel om na te gaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bestreden beslissing in aanmerking mogen worden genomen, wat onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen en dat daarbij de appreciatie van het bestuur de perken van de redelijkheid niet te buiten is. gegaan. Dit vereist onder meer dat het onderzoek door de aanbestedende overheid moet gebeuren met inachtneming van de zorgvuldigheidsplicht.

Een inschrijver die zoals verzoekende partij een verzoek tot prijsverantwoording ontvangt overeenkomstig artikel 110, § 3, moet weten dat dit een ernstige aangelegenheid is en hij 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.

Hij mag zich niet beperken tot vaagheden en algemeenheden en de in artikel 110, § 3, opgesomde factoren zijn niet limitatief.

10. In de huidige stand van het geding wordt om de volgende redenen niet met de vereiste *prima facie* ernst aangetoond dat verwerende partij de voormelde grenzen te buiten is gegaan door de prijsverantwoording van verzoekende partij niet te aanvaarden.

11. Verzoekende partij lijkt de vraag tot prijsverantwoording voor post 45 “afvoer incl. laden en vervoeren en verwerken van teerhoudend asfalt (opbraak is inbegrepen in posten opbraak)” op zich niet te betwisten. Uit het dossier blijkt trouwens dat haar prijs van 0,26 euro per ton bijna 100 keer lager is dan de gemiddelde eenheidsprijs aangeboden door de andere inschrijvers, namelijk 24,43 euro per ton.

De vervolgens door haar gegeven prijsverantwoording vermeldt dat het teerhoudend asfalt op het depot van verzoekende partij te Kallo wordt behandeld tot een cementgebonden steenslag en wordt verwerkt in een ander werk als fundering type IA. Bijlagen 3 en 4 zijn twee stukken, een “uittreksel typebestek 250” en een “uitreksel OVAM”, en bijlage 1 een kopie van de milieuvergunning van verzoekende partij voor het verder exploiteren en veranderen van een asfalt-en betoncentrale.

Uit deze drie bijlagen op zich lijkt wel de mogelijkheid te kunnen worden afgeleid dat verzoekende partij teerhoudend asfalt mag verwerken, maar ze bevatten geen concreet berekeningselement inzake de kostprijs van “afvoer incl. laden en vervoeren en verwerken van teerhoudend asfalt” gevraagd in deze post 45. Deze stukken lijken dan ook geen verantwoording in te houden van de opgegeven eenheidsprijs nu verwerende partij hieruit niet lijkt te kunnen afleiden hoe verzoekende partij haar kostprijs had berekend of welke concrete gegevens van aard waren de opgegeven eenheidsprijs voor post 45 te verantwoorden.

12. Bijlage 2 bij de prijsverantwoording is een tabel die de samenstelling geeft van deze eenheidsprijs, maar deze bijlage lijkt *prima facie* evenmin van aard om de gegeven eenheidsprijs van 0, 26 euro voor deze post 45 te verantwoorden.

In een eerste rubriek “leveringen” wordt in die tabel verwezen naar de “waarde (grondstof [inclusief alg. onkosten 17 %]”, namelijk “- 4,90” euro. Uit de prijsverantwoording blijkt aldus dat verzoekende partij de mogelijkheid zou hebben om hoeveelheden teerhoudend asfalt te verwerken als grondstof waardoor dit asfalt een commerciële waarde zou vertegenwoordigen, hier begroot op

4,80 euro per ton, die in mindering kan worden gebracht van de kostprijs van post 45. Deze marktwaarde zelf wordt in de prijsverantwoording echter niet gestaafd door concrete gegevens. Enige uitleg of berekening hoe tot deze "waarde (grondstof)" wordt gekomen ontbreekt. Op zicht van de verantwoording alleen zou zelfs de vraag kunnen worden gesteld of het hier gaat om de waarde van het teerhoudend asfalt als grondstof voor verwerking tot cementgebonden steenslag of dat het gaat om de waarde na verwerking tot die grondstof.

Deze vooropgestelde marktwaarde, 4,80 euro, lijkt overigens niet het grote prijsverschil tussen de eenheidsprijs van verzoekende partij en de gemiddelde eenheidsprijs van 24,43 euro te kunnen verantwoorden. Zelfs rekening houdend met deze waarde, blijft er ten opzichte van de gemiddelde eenheidsprijs immers een prijsverschil van 19,37 euro (24,43 – 0,26 – 4,80).

In een tweede rubriek "materieel" wordt voor "afvoer Kallo" en "stapelen depot" een prijs opgegeven van respectievelijk 3,67 en 1,39 euro, zonder enige nadere berekening of bewijs van deze kosten. In de rubriek "personeelskosten" wordt dan nog vermeld: "inbegrepen".

13. Deze verantwoording geeft voorts in elk geval geen enkele uitleg of verantwoording over de diverse kostencomponenten voor het "verwerken" van dit teerhoudend asfalt zoals nochtans gevraagd in post 45. Aangenomen lijkt niettemin te kunnen worden dat dergelijke activiteit zoals de verwerking van dit teerhoudend asfalt tot het eindproduct "cementgebonden steenslagfundering met continue korrelverdeling type IA" waarvan verzoekende partij spreekt, een kostprijs impliceert, hetgeen trouwens bevestigd wordt in het verzoekschrift zelf en de daarbij gevoegde stukken.

Aldus geeft vertrouwelijk stuk III.2 een prijsonderbouwing van de prijs van het eindproduct "cementgebonden steenslagfundering met continue korrelverdeling type IA", zoals verzoekende partij dat aan andere opdrachtgevers aanbiedt.

Dit alles in overweging genomen stelt verwerende partij in het gunningsverslag en de bestreden beslissing *prima facie* terecht dat verzoekende

partij in haar prijsverantwoording voor afvoer en verwerken van teerhoudend asfalt (post 45) enkel een prijs opgeeft “voor transport en lossen” van het teerasfalt, dat de kosten voor stockeren op een vloeistofdichte ondergrond voorzien van een koolwaterstofafscheider en het verwerken (mengen van de teerasfalt met cement in een betoncentrale) niet zijn opgenomen in de prijsverantwoording en “dat er winst wordt berekend bij herplaatsing, terwijl er kosten verbonden zijn om deze afvalstof te herplaatsen”. Verzoekende partij betwist thans ook niet dat zij de kost voor het stockeren en verwerken niet in haar prijs opnam, maar meent dat dit evident is omdat de kosten voor het stockeren en verwerken op een andere opdrachtgever, de gebruiker van het tot cementgebonden steenslag verwerkte teerasfalt, worden verhaald en dus niet in de eenheidsprijs van post 45 dienden opgenomen.

In de huidige stand van het geding dient echter *prima facie* te worden vastgesteld dat post 45 verwijst naar het laden en vervoeren en “verwerken” van teerhoudend asfalt. Verwerende partij mocht er dan ook, zo lijkt het, van uitgaan dat elke inschrijver niet enkel de kosten voor het laden en vervoeren maar eveneens van het verwerken van teerhoudend asfalt in zijn prijs voor deze post zou opnemen.

In de huidige stand van het geding lijkt niet te kunnen worden aangenomen dat verzoekende partij aan die vereiste voldeed door in haar prijsverantwoording enkel te verwijzen naar haar mogelijkheid “teerhoudend asfaltpuingranulaat groter dan 1500 m3” in haar depot te Kallo te verwerken als “grondstof voor het maken van steenslagfundering type IA, zijnde cementgebonden steenslag”, door te verwijzen naar een waarde als grondstof en door verder enkel afvoer- en stapelkosten te vermelden. Hiermee is niet voldoende duidelijk gezegd dat de kosten van verwerking niet zouden worden aangerekend noch verantwoord waarom zij meende dat dit kon.

Het feit dat verzoekende partij in het verzoekschrift thans wel uitdrukkelijk uitlegt dat de stockerings- en verwerkingskosten niet in deze post 45 zijn inbegrepen en ter zake als stuk III.3 een schema voorlegt met de diverse stappen in het proces van opbraak tot herplaatsing met aanduiding van de kostenallocaties in de optie “recyclage” leidt daarbij niet tot een andere conclusie.

Verwerende partij kon hiermee immers geen rekening houden ten tijde van het nemen van de bestreden beslissing nu deze gegevens niet voldoende duidelijk zijn opgenomen in de verantwoording zelf en nu dit stuk III.3 niet aan verwerende partij werd voorgelegd ter verantwoording van de als abnormaal aangemerkte prijs maar pas voor het eerst voor de Raad van State als dusdanig wordt aangewend.

Dit geldt ook voor haar verwijzing in het verzoekschrift naar en de berekening in het voormelde vertrouwelijk stuk III.2 van haar prijs van het eindproduct “cementgebonden steenslagfundering met continue korrelverdeling type IA” zoals zij dat aan andere opdrachtgevers aanbiedt, en haar argumentatie dat dit een marktconforme prijs is.

14. In het gunningsverslag en in de bestreden beslissing wordt ook verwezen naar de “onafhankelijke bron EMIS (energie- & milieu-informatiesysteem voor het Vlaamse Gewest)” waaruit zou blijken dat voor het koud verwerken van teerhoudend asfalt een kostprijs mag worden gerekend van 25,00 euro per ton en dat deze prijs overeenkomt met de gemiddelde prijs van de andere kandidaten en naar het feit dat het bedrijf stadsontwikkeling van mening is dat de betrokken werken niet uitgevoerd kunnen worden voor de door verzoekende partij voorgestelde prijs. De betwisting die verzoekende partij hieromtrent aanbrengt, mede aan de hand van een nieuw stuk ter terechtzitting voorgelegd, lijkt niet meer relevant, gelet op hetgeen reeds is vastgesteld bij het eerste motief van de bestreden beslissing, op grond waarvan de prijs van verzoekende partij niet wordt aanvaard en dat op zichzelf reeds afdoende lijkt om deze beslissing te verantwoorden.

15. Om al deze redenen wordt in de huidige stand van het geding niet met de vereiste *prima facie* ernst aangetoond dat verwerende partij buiten de perken van de redelijkheid trad of artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 geschonden heeft door de prijsverantwoording zoals gegeven door verzoekende partij niet te aanvaarden en door te besluiten tot het abnormaal karakter van de prijs voor post 45 in de offerte van verzoekende partij en deze offerte daarom als onregelmatig te verwerpen.

Evenmin lijkt dan de inhoudelijke kritiek op de motivering ter zake in het gunningsverslag en de bestreden beslissing ernstig wat de daarin vermelde motieven betreft.

16. Aldus blijkt in de huidige stand van het geding evenmin *prima facie* dat de beslissing tot onregelmatigverklaring van verzoekende partij niet genomen werd na een zorgvuldig onderzoek van het dossier, waarbij de verzoekende partij om een prijsverantwoording werd gevraagd en de deugdelijkheid van deze prijsverantwoording werd onderzocht.

Het tegendeel blijkt niet *prima facie* uit de datum vermeld op het gunningsverslag (7 december 2010), wat ook de datum is van de prijsverantwoording van verzoekende partij. In zoverre verzoekende partij daaruit afleidt dat op die datum het bedrijf stadsontwikkeling, dat het gunningsverslag opstelde, nog geen kennis kon hebben van de inhoud van de prijsverantwoording, lijkt immers het tegendeel uit dit gunningsverslag zelf te kunnen worden afgeleid nu dit ingaat op die prijsverantwoording. Deze datum van 7 december 2010 lijkt dan ook niet de einddatum van het verslag.

Verzoekende partij stelt voorts nog dat de aanbestedende overheid onzorgvuldig handelde door haar slechts een termijn van 7 dagen te laten om de prijsverantwoording te verstrekken, doch toont niet concreet aan hoe dit haar benadeelde. Zij stelt niet, laat staan dat zij aantoont, dat zij een andere prijsverantwoording had gegeven indien de termijn van 12 dagen was nageleefd. Zij verstrekt trouwens, zonder enige opmerking te formuleren over de opgegeven termijn, haar prijsverantwoording op de dag na het verzoek daartoe.

De korte tijdspanne tussen de vraag om prijsverantwoording -6 december 2010- en de datum van de gunningsbeslissing toont op zich evenmin aan dat de prijsverantwoording van verzoekende partij niet grondig kan zijn onderzocht.

17. Nu verzoekende partij niet lijkt te hebben aangetoond dat haar offerte ten onrechte is geweerd, lijkt evenmin aangetoond dat de opdracht niet

werd gegund aan de laagste regelmatige inschrijving zoals vereist door artikel 15 van de wet van 24 december 1993.

18. Het enig middel stelt ook nog de formele motivering aan de orde. Teneinde te voldoen aan de formele motiveringsplicht, die verzoekende partij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, moet de formele motivering van de bestreden beslissing, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen. Die motivering moet afdoende zijn ten einde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Te dezen vermeldt de bestreden beslissing de redenen waarom de offerte van verzoekende partij als onregelmatig diende te worden beschouwd en waarom dienvolgens de opdracht diende te worden toegewezen aan de laagste regelmatige inschrijver, de nv Aannemingen Van Wellen. Een afschrift van deze beslissing en het gunningsverslag werden met een brief van 7 januari 2011 aan verzoekende partij bezorgd.

In de huidige stand van het geding toont verzoekende partij niet aan waarom deze formele motivering haar niet in staat stelde terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de bestreden beslissing te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt. Uit het verzoekschrift blijkt integendeel dat zij in staat is geweest om uitgebreid opmerkingen te formuleren op de motieven die ten grondslag liggen van haar onregelmatigverklaring.

Er lijkt dan ook voldaan aan de formele motiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan.

19. Nu het enig middel in zijn geheel niet ernstig werd bevonden dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden verworpen.

BESLISSING

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 22 februari 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Dierk Verbiest**