

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 212.444 van 5 april 2011
in de zaak A. 199.542/XII-6527**

In zake: de NV ACLAGRO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE VERVOERMAATSCHAPPIJ - DE LIJN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Lindemans en Jochen Honnay
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 maart 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “- de gunningsbeslissing d.d. 23 februari 2011 van de Vlaamse Vervoermaatschappij - De Lijn om de overheidsopdracht voor aanneming van werken, betreffende de aanleg busstation en wegenis in de Dr. André Sierensstraat en heraanleg Statieplein (deel 1) te Aalst, te gunnen aan de nv Heijmans Infra;
- [...] de impliciete weigeringsbeslissing om de overheidsopdracht voor aanneming van werken, betreffende de aanleg busstation en wegenis in de Dr. André Sierensstraat en heraanleg Statieplein (deel 1) te Aalst, niet te gunnen aan verzoekende partij ”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 31 maart 2011, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen, die verschijnen voor verzoekende partij, advocaat Jochen Honnay, die verschijnt voor verwerende 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 Vlaamse Vervoermaatschappij De Lijn schrijft een overheidsopdracht van werken uit voor de aanleg van een busstation en wegenis in de Dr. André Sierensstraat en de heraanleg van het Statieplein te Aalst.

De opdracht wordt gegund onder de vorm van een openbare aanbesteding. Het betreft een opdracht in de nutssectoren die geraamd wordt op 3.078.881,30 euro, btw inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 4 juni 2010.

3.3. Op de opdracht is het bijzonder bestek “Provincie Oost-Vlaanderen. Aalst: aanleg busstation en wegenis in de Dr. André

Sierensstraat en Heraanleg Statieplein, nr. PG0322-20135L-BB2002” van toepassing.

Het bestek bepaalt dat de gestanddoeningstermijn voor de inschrijvers 270 kalenderdagen bedraagt ingaande op de dag na de zitting voor de opening van de offertes.

De uitvoeringstermijn wordt door het bestek vastgesteld op 170 werkdagen, te rekenen vanaf de datum van het bevel tot aanvang van de werken. Het bestek vermeldt tevens dat deze termijn een dwingende termijn is en dat voor elke termijnoverschrijding een boete zal worden toegepast.

De opdracht omvat onder meer werken en leveringen voor het plaatsen van 23 kunststofluifels. De technische vereisten waaraan deze luifels dienen te voldoen worden omschreven in deel II van het bestek onder punt 48 (blz. 139 - 141).

3.4. Uit het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen van 9 juli 2010 blijkt dat vijf inschrijvers een offerte indienden.

3.5. Uit het verslag van nazicht van 30 augustus 2010 blijkt dat bij de drie laagste inschrijvers, namelijk Stadsbader, Heymans en Aclagro abnormale eenheidsprijzen worden vastgesteld en dat deze inschrijvers een prijsverantwoording wordt gevraagd.

Het verslag van nazicht vermeldt hierover het volgende:

“Er werden bij de drie laagste inschrijvers abnormale eenheidsprijzen vastgesteld voor diverse posten. Het gaat om volgende posten:

Stadsbader: 2.18, 2.24, 2.25, 2.26, 2.27, 2.28, 3.2, 3.4, 3.5, 4.5, 7.43 en 7.48

Heymans: 3.6, 4.3 en 4.5

Aclagro: 2.18, 2.23, 2.25 en 4.5

Wij adviseerden het opdrachtgevend bestuur hiervoor prijsverantwoordingen te vragen.

Na nazicht van de prijsverantwoording:

Stadsbader

Gelet op de abnormaal lage inschrijving voor het artikel 48. Luifels uit glasvezel versterkt polyester, gelet op het aangetekend schrijven dd. 20/08/2010 van de bieder aan de opdrachtgever waarin duidelijk wordt aangegeven dat de beschrijving van het bestek foutief werd geïnterpreteerd en een ander materiaal, andere uitvoering en andere detaillering worden aangeboden moet firma Stadsbader worden uitgesloten voor mogelijke gunning.

Heymans

Gelet op de niet abnormale maar duidelijk lage inschrijving (8 % onder het gemiddelde) voor het artikel 48. Luifels uit glasvezel versterkt polyester, gelet op het belangrijke aandeel van dit artikel in de totale aanneming (18 % van de totaalofferte), moet firma Heymans uitdrukkelijk worden gevraagd een verklaring te onderschrijven dat haar prijsofferte volledig conform het bestek is met betrekking tot de elementen beschreven onder artikel 48. van het bestek”.

Geadviseerd wordt om, in geval van onderschrijving van voormelde verklaring door Heymans, de opdracht toe te wijzen aan deze inschrijver.

3.6. Bij e-mail van 8 september 2010 deelt Heijmans het volgende mee aan de aanbestedende overheid:

“Middels deze laten we U weten dat bij nader inzicht van onze offerte voor betreffende werken de door ons voorziene luifels niet volledig conform zijn aan het in het bestek gevraagde”.

3.7. Vervolgens deelt verwerende partij in een aangetekend schrijven van 30 september 2010 aan Heijmans mee dat voormelde e-mail enige ongerustheid heeft veroorzaakt en vraagt zij om te bevestigen dat de bieding volledig conform het aanbestedingsdossier is en aan de biedingsprijs zal worden uitgevoerd.

3.8. Voormeld schrijven wordt door Heijmans bij aangetekend schrijven van 8 oktober 2010 als volgt beantwoord:

“Antwoordend op uw schrijven dd. 30/09/2010 sturen we u in bijlage een door ons ontvangen e-mail van het bedrijf Sobelcomp uit Loncin, dewelke als luifelbouwer zou optreden. Hierin geven ze aan dat ze hun prijs niet

handhaven tot datum van gunning, integendeel zij zeggen nu al dat er een prijsstijging zal komen.

Evenzeer geven zij aan de voorziene uitvoeringstermijnen niet te kunnen halen.

Wij voelen ons door deze onderaannemer/leverancier ‘gegijzeld’ - dit mogelijks door zijn positie als unieke leverancier.

Wij vrezen dan ook om op datum van toewijzing geen oplossing te kunnen bieden welke binnen ons huidig (conform) budget valt en welke te rijmen valt met de uitvoeringstermijn”.

3.9. In het toewijzingsverslag van 10 november 2010 wordt inschrijver Stadsbader om dezelfde reden als in voormeld verslag van nazicht onregelmatig verklaard. Daarnaast wordt nu ook de offerte van Heijmans onregelmatig verklaard op grond van de volgende motieven:

“Gelet op de niet abnormale maar duidelijk lage inschrijving (8 % onder het gemiddelde) voor het artikel 48. Luifels uit glasvezel versterkt polyester, gelet op het belangrijke aandeel van dit artikel in de totale aanneming (18 % van de totaalofferte), werd de firma Heijmans Infra gevraagd om te bevestigen dat de werken volledig conform het aanbestedingsdossier en aan de prijs van de inschrijving zou worden uitgevoerd (brief van 30 september 2010 – met kenmerk 30135LSD751.OFF gevoegd als bijlage).

Met brief van 8 oktober 2010 – met kenmerk kr/mg/3930-10 – deelde Heijmans N.V. [mee] dat de door hen voorgestelde onderaannemer meedeelde dat deze zijn prijs niet kan handhaven tot de datum van toewijzing en ook de voorziene uitvoeringstermijn niet kan halen en dat Heijmans N.V. zelf vreest geen oplossing mee te kunnen aanbieden welke binnen het huidige budget valt en overeenkomt met de opgelegde uitvoeringstermijn.

Omwille van dit voorbehoud ziet de VVM geen andere mogelijkheid dan de inschrijving van Heijmans N.V. als zijnde niet conform af te wijzen”.

De offertes van de overige drie inschrijvers worden regelmatig bevonden.

Beslist wordt om de opdracht toe te wijzen aan Aclagro als laagste regelmatige inschrijver, onder opschortende voorwaarde van de subsidiëring door het Vlaamse Gewest.

3.10. Op 10 december 2010 verstrekt de inspecteur van financiën een voorlopig ongunstig advies. Er worden opmerkingen gemaakt betreffende de onregelmatigverklaring van de offertes van inschrijvers Stadsbader en Heijmans, evenals betreffende de aanvaarding van de prijsverantwoording van Aclagro.

Inzake de uitsluiting van Heijmans door verwerende partij wordt door de inspectie van financiën het volgende opgemerkt:

“Het toevoegen (na de opening) van een ‘voorbehoud’ dat niet in de geopende offerte voorkomt, is een wijziging van de inschrijving die moet genegeerd worden (art 87 KB 10 jan 1996).

Het is NIET omdat een onderaannemer stelt de oorspronkelijke prijs niet te kunnen handhaven, dat daardoor die geboden prijs abnormaal wordt. Heijmans is door zijn biedprijs gebonden, en nergens uit het dossier noch i/h gunningsverslag blijkt objectief dat diens prijs abnormaal is.

Overigens is het onjuist dat zijn leverancier monopolist zou zijn. Andere inschrijvers zijn ook elders gegaan”.

3.11. Verwerende partij stelt vervolgens op 23 februari 2011 een nieuwe gemotiveerde gunningsbeslissing op waarbij, onder verwijzing naar voormeld advies van de inspectie van financiën, de opdracht ditmaal wordt toegewezen aan Heijmans.

3.12. Bij aangetekend schrijven van 3 maart 2011 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat in haar offerte geen onregelmatigheden zijn vastgesteld, doch dat haar offerte niet de meest gunstige was. Een wachttermijn van vijftien kalenderdagen wordt verleend.

3.13. Op 14 maart 2011 bezorgt verwerende partij aan verzoekende partij ook de ingetrokken gunningsbeslissing van 10 november 2010.

IV. Voorwerp van de vordering

4. Ter terechtzitting doet verzoekende partij afstand van de vordering in zoverre deze betrekking heeft op de impliciete weigeringsbeslissing.

V. De schorsingsvoorwaarden

5. 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.

6. De in het geding zijnde 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.

Luidens het in de wet van 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. Overeenkomstig artikel 65/31 van de wet gelden voormelde bepalingen eveneens voor opdrachten die de Europese drempelbedragen 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.

VI. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7.1. Een eerste middel is genomen uit de schending van “artikel 15 van de wet van 24 december 1993, [...] van artikel 98, §2 en §3, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996, [...] van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name de zorgvuldigheidsplicht en de materiële motiveringsplicht”.

Verzoekende partij wijst erop dat nu verwerende partij een “vraag tot bevestiging” dat de werken volledig conform het aanbestedingsdossier en aan de prijs van de inschrijving zullen worden uitgevoerd, heeft gesteld, zij met het gekregen antwoord rekening dient te houden. Het zorgvuldigheidsbeginsel verplicht de aanbestedende overheid immers om haar gunningsbeslissing te steunen op een zorgvuldige feitenvinding en bij het nemen van die beslissing ook alle relevante “gevonden” feiten in overweging te nemen.

Zij wijst erop dat de gekozen inschrijver Heijmans zijn eenheidsprijs niet heeft bevestigd want immers heeft geantwoord dat hij de opgegeven eenheidsprijs niet kon handhaven en meer zelfs, dat ook de voorziene uitvoeringstermijn in het gedrang kwam.

7.2. Verwerende partij schendt volgens verzoekende partij het zorgvuldigheidsbeginsel bovendien “op een tweede niveau”, aangezien zij de opdracht wetens en willens toewijst aan een inschrijver die de door hem opgegeven

“‘duidelijk lage’ prijs niet (langer) kan verantwoorden”. Deze toewijzing getuigt, gelet op de gekende problemen van overeenkomsten gesloten tegen te lage prijzen, niet van een zorgvuldig bestuurlijk optreden.

7.3. Voorts voert verzoekende partij aan dat de bestreden beslissing waarmee de opdracht wordt toegewezen aan een inschrijver met een offerte die behept is met een abnormale eenheidsprijs, niet berust op rechtens aanvaardbare motieven, meer bepaald de overweging dat Heijmans sowieso gebonden is aan haar offerte op grond van artikel 87 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996. Dit motief is volgens verzoekende partij, na de keuze voor het voeren van een prijsonderzoek, noch pertinent noch afdoende. Aangezien verwerende partij bijkomende inlichtingen heeft gevraagd, kan zij de resultaten van dit onderzoek niet naast zich neerleggen. Ter zake moet volgens haar overigens worden opgemerkt dat de verantwoording van een prijs, door de loutere verwijzing naar de prijzen opgegeven door een onderaannemer, door de Raad van State niet wordt aanvaard als een afdoende prijsverantwoording.

Door het toewijzen van de opdracht aan een inschrijver met een offerte waarin een abnormaal lage eenheidsprijs is opgenomen, heeft verwerende partij volgens verzoekende partij bovendien ook artikel 98, § 2, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 geschonden, aangezien deze bepaling voorschrijft dat een offerte die afwijkt van een essentiële bepaling van het bestek (zoals de prijs), absoluut nietig is en luidens artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, een overheidsopdracht, in mededinging gesteld bij wijze van openbare aanbesteding, enkel mag worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend. Aangezien het abnormaal karakter van de eenheidsprijs van Heijmans voor post 48, door de vraag van verwerende partij, vaststaand werd, niettegenstaande deze prijs initieel niet als “abnormaal” werd beschouwd, mag de offerte van Heijmans volgens verzoekende partij niet als de laagste regelmatige offerte worden beschouwd en kon de opdracht dan ook niet rechtsgeldig aan deze inschrijver worden toegewezen.

Beoordeling

8. Door de partijen wordt niet betwist dat de opdracht onderworpen is aan de wettelijke en reglementaire bepalingen die gelden voor de nutssectoren.

9. Artikel 98, §§ 2 en 3 van het voornoemde koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten (hierna: het koninklijk besluit van 10 januari 1996), luiden:

“§ 2 Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 77, 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 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”.

10. Uit de bewoordingen van paragraaf 3 van het aangehaalde artikel 98 volgt dat het bestuur een inschrijver slechts een prijsverantwoording dient te vragen indien het bestuur de betrokken inschrijver wenst af te wijzen.

Dit neemt niet weg dat het wel een plicht voor de aanbestedende overheid is om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat, welk onderzoek moet gebeuren met inachtnaam van de zorgvuldigheidsverplichting.

11. Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de aanbestedende overheid het initieel niet nodig achtte om aan Heijmans een prijsverantwoording te vragen voor de litigieuze post 48 “Luifels uit glasvezel versterkt polyester”, doch uitsluitend voor een aantal andere posten.

Uit het verslag van nazicht van 30 augustus 2010 blijkt evenwel dat de ontwerper naar aanleiding van een verzoek tot prijsverantwoording aan de inschrijver Stadsbader had vastgesteld dat deze het bestek foutief had geïnterpreteerd en een ander materiaal, andere uitvoering en andere detaillering voor post 48 bleek te hebben aangeboden om welke reden deze offerte onregelmatig werd verklaard. Naar aanleiding hiervan adviseerde de ontwerper betreffende de offerte van Heijmans, die voor de betrokken post een “duidelijk lage” prijs bleek te hebben geboden, deze inschrijver de hiervoor onder randnummer 3.5 aangehaalde verklaring te vragen, dat de offerte wat die post betreft, conform was.

Daarop volgde, zoals reeds uiteengezet in de randnummers 3.6 tot en met 3.8, een e-mail van 8 september 2010 van Heijmans -wellicht naar aanleiding van een telefonische vraag vanwege verwerende partij en op het eerste gezicht niet uit eigen beweging zoals verwerende partij lijkt te willen doen uitschijnen in haar nota-, voorts een aangetekend schrijven van 30 september 2010

van verwerende partij aan Heijmans en ten slotte een aangetekend schrijven van 8 oktober 2010 van Heijmans aan verwerende partij.

In de bestreden gunningsbeslissing van 23 februari 2011 wordt de opdracht toegewezen aan inschrijver Heijmans. Zijn offerte wordt, in tegenstelling tot wat het geval was in de eerste beslissing van 10 november 2010, nu wél regelmatig bevonden, onder verwijzing naar het advies van de inspectie van financiën van 10 december 2010, reeds aangehaald onder randnummer 3.10.

12.1. Overeenkomstig artikel 87 van het voormeld koninklijk besluit van 10 januari 1996 kunnen de inschrijvers zich, zoals in voornoemd advies wordt gesteld, “niet beroepen op mogelijke vormgebreken, fouten of leemten in hun offerte”.

Voorts blijven overeenkomstig artikel 104 van voormeld koninklijk besluit de inschrijvers “gebonden door hun offerte, eventueel verbeterd door de aanbestedende overheid, gedurende een termijn van zestig kalenderdagen, ingaande op de dag na de zitting voor de opening van de offertes, tenzij in het bestek een andere termijn is vermeld”. Te dezen voorziet het bestek in een gestanddoeningstermijn van 270 kalenderdagen, welke termijn nog niet was verlopen op datum van de bestreden beslissing.

Artikel 93 bepaalt voorts de strikte voorwaarden waaronder een offerte mag worden gewijzigd of ingetrokken, hetgeen enkel mogelijk lijkt vóór de opening van de offertes.

Uit voormelde bepalingen lijkt te moeten worden afgeleid dat een inschrijver gedurende de gestanddoeningstermijn door zijn biedprijs gebonden is en deze niet mag wijzigen.

12.2. Het motief in de bestreden gunningsbeslissing dat zich op dat gegeven steunt, lijkt evenwel toch te dezen niet te volstaan om, in het licht van de concrete omstandigheden van het dossier, tot regelmatigheid van de offerte van Heijmans en de regelmatige gunning van de opdracht aan deze inschrijver te besluiten.

Verwerende partij lijkt immers uit het oog te verliezen dat zij Heijmans uitdrukkelijk vragen heeft gesteld omtrent de prijs en conformiteit van haar offerte betreffende post 48 en dat zij de besteksbepalingen betreffende voormelde post essentieel lijkt te achten nu zij een andere inschrijver wegens niet conformiteit met deze bepalingen reeds onregelmatig verklaarde.

Voorts blijkt dat Heijmans in de meervermelde e-mail van 8 september 2010 uitdrukkelijk heeft gesteld dat “bij nader inzicht van onze offerte voor betreffende werken de door ons voorziene luifels niet volledig conform zijn aan het in het bestek gevraagde”.

Ook in het aangetekend schrijven van 8 oktober 2010 van Heijmans lijkt op het eerste gezicht nergens de conformiteit van de offerte op dit kwetsieuze punt te worden bevestigd, doch wordt louter gewezen op het feit dat de in de offerte aangekondigde onderaannemer te kennen heeft gegeven zijn prijzen niet te kunnen handhaven tot datum van de gunning en de in het bestek voorziene uitvoeringstermijnen niet te kunnen halen.

13. Naast de vraag naar de conformiteit van de offerte met de technische besteksbepalingen inzake post 48, rijst dus tevens nog de vraag naar de conformiteit van de offerte met de op het eerste gezicht essentiële besteksbepalingen inzake de uitvoeringstermijnen. Termijnen gelden immers als essentiële besteksbepalingen overeenkomstig de artikelen 98, § 2, tezamen gelezen met artikel 77 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996. Bovendien wordt in het bestek uitdrukkelijk opgemerkt dat het gaat om een dwingende termijn.

Het feit dat de algemene aannemingsvoorwaarden of het bestek in sancties voorzien ingeval er in het stadium van de uitvoering problemen zouden rijzen met de uitvoeringstermijnen, neemt niet weg dat er reeds in de fase van de gunning wel degelijk een probleem kan rijzen van vergelijkbaarheid van de offertes indien zou blijken dat de offerte van een welbepaalde inschrijver afwijkt van de dwingende uitvoeringstermijnen.

Aangezien de aanbestedende overheid uitdrukkelijk gevraagd heeft aan inschrijver Heijmans om de conformiteit van zijn offerte met essentiële

besteksbepalingen te bevestigen en nergens uit het administratief dossier blijkt dat zij deze bevestiging ook gekregen heeft, lijkt zij op het eerste gezicht in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel te hebben gehandeld nu zij niettemin besloot tot regelmatigheid van die offerte.

Voorts wordt in de bestreden beslissing weliswaar terecht opgemerkt dat het niet is omdat een onderaannemer stelt de oorspronkelijke prijs niet te kunnen handhaven, dat daardoor de geboden prijs abnormaal wordt. Omgekeerd getuigt het op het eerste gezicht niet van de vereiste zorgvuldigheid om, gelet op de vragen die verwerende partij zelf heeft gesteld omtrent deze prijs, de verhouding van de prijs tot de totale opdracht en de antwoorden die zij van Heijmans heeft verkregen, zonder meer, zonder nader prijsonderzoek, tot het normaal karakter van de geboden eenheidsprijs te besluiten.

14. Het eerste middel is aldus ernstig in de mate dat een schending wordt aangevoerd van de zorgvuldigheidsplicht en van de materiële motiveringsplicht.

Die vaststelling volstaat om er de hierna bevolen schorsing op te steunen, zonder dat het tweede middel nog nader dient te worden onderzocht.

BESLISSING

1. De Raad van State stelt de afstand vast van de vordering, voor wat betreft de impliciete weigeringsbeslissing om de overheidsopdracht voor aanneming van werken, betreffende de aanleg van een busstation en wegenis in de Dr. André Sierensstraat en de heraanleg van het Statieplein (deel 1) te Aalst, niet te gunnen aan de nv Aclagro.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de Vlaamse Vervoermaatschappij – De Lijn van 23 februari 2011 om de overheidsopdracht voor aanneming van werken betreffende de aanleg van

een busstation en wegenis in de Dr. André Sierensstraat en de heraanleg van het Statieplein (deel 1) te Aalst, te gunnen aan de nv Heijmans Infra.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 april 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest