

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK
VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 214.718 van 28 juli 2011
in de zaak A.200.950/XII-6642

In zake: 1. de NV GHENT DREDGING
 2. de BV BAGGERBEDRIJF DE BOER, vennootschap naar
 Nederlands recht
 samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap GHENT
 DREDGING - BAGGERBEDRIJF DE BOER
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
 kantoor houdend te 2018 Antwerpen
 Jan Van Rijswijcklaan 16
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV WATERWEGEN EN ZEEKANAAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Lenders
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de BV BOSKALIS, vennootschap naar Nederlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Charles-Antoine Leunen en Olivier Vanhulst
kantoor houdend te 1050 Brussel
Bastion Tower
Marsveldplein 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 juli 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 8 juni 2011 vanwege de raad van bestuur van de N.V. Waterwegen en Zee-kanaal, Afdeling Bovenschelde teneinde de overheidsopdracht voor aanneming van werken voor de baggerwerken aan de Ringvaart te Gent - Noordervak (bestek 16EGGE/09/07) na openbare aanbesteding en na heroverweging te gunnen aan de BV Boskalis, en niet aan [de thv Ghent Dredging - Baggerbedrijf De Boer]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 12 juli 2011 heeft de vennootschap naar Nederlands recht Boskalis bv gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 juli 2011, om 10.00 uur.

Staatsraad Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaten Joris Wouters en Lore Derdeyn, die loco advocaat Christophe Lenders verschijnen voor de verwerende partij en advocaat Olivier Vanhulst, die verschijnt voor de tussenkomende 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. De nv Waterwegen en Zeekanaal, afdeling Bovenschelde, schrijft een openbare aanbesteding uit voor een aanneming van werken genaamd “Seine-Schelde. Ringvaart om Gent. Noordervak. Baggerwerken”.

Het bijzonder bestek 16EGGE/09/07 is van toepassing en de geraamde waarde van de opdracht bedraagt 6.495.400 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. Artikel 2 van deel I van het bestek omschrijft het voorwerp van de opdracht als:

“het uitvoeren van baggerwerken m.o.o. de verruiming van het profiel van het Noordervak van de Ringvaart om Gent, teneinde een bakprofiel te creëren om doorgang voor schepen klasse Vb mogelijk te maken i.k.v. het Seine-Schelde-project. Bijkomend dient eveneens bodembescherming te worden aangebracht t.h.v. bepaalde kaaimuren.”

Artikel 3 van dat deel I omschrijft de opdracht nader als:

“De werken omvatten:

- De voorbereidingswerken om het werk te starten en het aanbrengen van de wettelijke signalisatie;
- Het baggeren en ruimen van bagger- en infrastructuurspecie, infrastructuurrestanten, puin en afval dat aanwezig is in het Noordervak van de Ringvaart tot het gewenste (bak)profiel;
- Het transporteren van de grondspecie die milieuhygiënisch in aanmerking komt naar de site 't Vliegveld in Lochristi, het (eventueel) manipuleren en bergen aldaar;
- De afname van al de andere specie die milieuhygiënisch niet in aanmerking komt voor berging in Lochristi;
- De met de baggerwerken samenhangende activiteiten, zoals in- en uitpeilen en opmeten, (tijdelijk) verplaatsen van obstakels, ploegen,...;
- Het aanbrengen van bodembeschermingsmateriaal (zinkstukken met breuksteenbestorting) op daartoe geselecteerde plaatsen.

Alle prestaties en leveringen die nodig zijn tot het degelijk uitvoeren van de opdracht vereist zijn, doch niet expliciet in de opmetingsstaat zijn opgegeven, worden verondersteld vervat te zijn in de vermelde rubrieken en dienen verplicht bijkomend te worden uitgevoerd. Zij kunnen geen aanleiding geven tot prijsherziening, noch tot schadevergoeding.”

Inzake de afvoer van grondoverschotten bepaalt het bestek (deel II, B.2):

“Afhankelijk van de milieuhygiënische kwaliteit geldt:

- specie die in aanmerking komt voor vrij hergebruik bodem en voldoet aan de verstrengde norm voor minerale olie (100 mg/kg DS): De aanbestedende overheid blijft eigenaar van de uitgegraven specie en deze dient afgevoerd te worden naar en geborgen worden op de site 't Vliegveld in Lochristi. Deze specie kan ook eventueel door de aannemer op verzoek worden afgenomen, mits goedkeuring door de aanbestedende overheid. In dat geval wordt enkel het effectieve baggeren uitbetaald en kan geen aanspraak worden gemaakt op de schadevergoeding of prijsherziening van welke vorm ook.
- alle overige specie wordt eigendom van de aannemer.”

3.3. De aankondiging van de opdracht wordt op 29 oktober 2010 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.4. De offertes worden geopend op 2 december 2010. Er worden acht offertes ingediend waaronder die van de bv Boskalis, die met 4.837.800 euro, btw niet inbegrepen, de laagste prijs voorstelt, en die van verzoekende partijen, die met 5.297.730 euro, btw niet inbegrepen, de tweede laagste prijs voorstellen.

In de mate waarin hierna stukken ter sprake komen die door verwerende partij als vertrouwelijk worden bestempeld, geeft het feitenrelaas enkel de inhoud ervan weer zoals verwerende partij deze in haar nota met opmerkingen vermeldt en zij aldus in die mate zelf de ingeroepen vertrouwelijkheid van de bedoelde stukken heeft gelicht.

3.5. Verwerende partij onderzoekt de offertes en stelt vast dat de inschrijvingsprijs van de bv Boskalis 17,8 % lager ligt dan de gemiddelde inschrijvingsprijs (5.841.564,79 euro) berekend overeenkomstig artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

3.6. Met verwijzing naar dit artikel 110, § 4, vraagt verwerende partij met een brief van 3 december 2010 aan de bv Boskalis om uiterlijk op 10 december 2010 een gedetailleerde verantwoording voor deze prijs over te maken.

In haar antwoord stelt de bv Boskalis dat zij een reële prijs had opgegeven en verklaart zij de lagere prijs doordat zij bij een aantal posten “waarde” had kunnen toekennen aan vrijkomende materialen en de door haar gekozen uitvoeringswijze. Zij licht vervolgens de posten 1.2.1 (Uittrekken van metalen damplanken), 1.2.3. (Uitbreken van breuksteenbestortingen) en 1.3.5. (Baggeren) cijfermatig toe omdat deze volgens haar bijzonder bepalend waren geweest voor haar totale inschrijvingsprijs.

Verwerende partij acht deze prijsverantwoording realistisch en oordeelt dat deze om een aantal redenen de lagere inschrijvingsprijs kan verantwoorden. Het dossier wordt met een brief van 13 december 2010 aan de afdeling Algemene Technische Ondersteuning (hierna: ATO) voor advies voorgelegd.

In deze brief zet verwerende partij uiteen waarom zij de verstrekte prijsverantwoording voldoende acht:

“De ontvangen prijsverantwoording werd door de afdeling Bovenschelde onderzocht en realistisch bevonden.

Eerst en vooral is de globale afwijking t.o.v. het geraamde bedrag hoogstwaarschijnlijk te wijten aan de economische recessie. Het berekende gemiddelde van alle inschrijvingen ligt immers reeds beduidend lager dan

de initiële raming die gebaseerd is op gangbare prijzen uit voorgaande jaren.

Verder haalt de inschrijver Boskalis bv aan dat de lagere prijs ten opzichte van de gemiddelde prijs veroorzaakt wordt door de gekozen uitvoeringswijze en de recuperatie van vrijgekomen materialen. Deze verklaring lijkt plausibel en aannemelijk, inzonderheid:

Post 1.2.1. Uitbreken van metalen damplanken

De restwaarde van het recuperatiemateriaal en de voorgestelde aanpak zijn realistisch. Het geheel kan aanvaard worden.

Post 1.2.3. Uitbreken van breuksteenbestortingen

De inschrijver wenst de breukstenen na het verwijderen, schoonmaken en afvoeren te hergebruiken in een andere werf (verbetering glooiingsconstructie Westkapelle) en geeft hiervoor een aanvaardbare verklaring voor de negatieve verrekenprijs.

Post 1.3.5. Baggeren

De baggerprijzen liggen over het algemeen erg laag t.o.v. geraamde kostprijs. De inschrijver zal als gespecialiseerde baggeraar bijkomend gebruik maken van aangepast materiaal en een oordeelkundige aanpak, waardoor het geheel kan verklaard worden.

Er wordt geoordeeld dat de offerte van inschrijver Boskalis bv voor een bedrag van 4.837.800 euro (excl. BTW) geen abnormaal karakter vertoont en aldus prijstechnisch als regelmatig kan beschouwd worden.”

Op 16 december 2010 adviseert ATO, omdat de verantwoorde posten volgens haar een te beperkt aandeel hebben in de totaliteit van de offerte, om de bv Boskalis bijkomend een aantal eenheidsprijzen te laten verantwoorden nu de post baggeren enkel zou kunnen worden beoordeeld in combinatie met het vervoer van de baggerspecie (daar deze handelingen in de praktijk nauw verbonden zijn). Voorts meent ATO dat de prijsverantwoording meer gedetailleerd moet zijn.

Eveneens op 16 december 2010 vraagt verwerende partij aan de bv Boskalis om tegen 17 december 2010 bijkomende informatie aan te reiken,

inzonderheid de impact van de uitvoeringswijze van de baggerwerken verder te verklaren en de relatie van het baggeren met transport naar en bergen op de site 't Vliegveld in Lochristi te verduidelijken.

Op 17 december 2010 verstrekt de bv Boskalis een cijfermatige prijsopbouw voor de posten 1.3.5. (baggeren) en 1.3.6. (vervoer naar en bergen in Lochristi). Tevens geeft zij toelichting over het prijsvoordeel dat zij verkrijgt door een onderscheid te maken tussen het “droog” en “nat” baggeren in vergelijking met alles “nat” te baggeren.

Verwerende partij bezorgt deze bijkomende informatie aan ATO die in een advies van 20 december 2010 antwoordt dat de bijkomende prijsverantwoording en de verstrekte prijsopbouw met betrekking tot bepaalde kosten en winst nader gedetailleerd dienen te worden om verder te kunnen worden beoordeeld.

Met een brief van 22 december 2010 vraagt verwerende partij aan de bv Boskalis om een gedetailleerde prijsverantwoording op te geven voor de posten 1.3.5 en 1.3.6.

Diezelfde dag deelt de bv Boskalis een detailbegroting voor de posten 1.3.5. en 1.3.6. mee, verduidelijkt en gestaafd door een aantal documenten inzake materieelkosten, weekkosten van vaartuigen, vaarafstanden, vervoersafstanden en berekeningen van de transportprijzen per m³. Tevens wordt een aantal offertes van onderaannemers bijgevoegd. De bv Boskalis geeft voorts een verklaring voor het toeslagpercentage algemene kosten en winst (AKW).

Vervolgens deelt verwerende partij aan ATO mee dat zij de ontvangen prijsverantwoording realistisch bevindt. Zij verduidelijkt dat het door de bv Boskalis vooropgestelde in te zetten materieel en personeel aanvaardbaar is, dat de geboden eenheidsprijzen steunen op aanvaardbare interne tarieven en tarieven en prijzen die blijken uit offertes (die als bijlage bij de prijsverantwoording

zijn gevoegd) en dat het toeslagpercentage AKW van 5 % laag is maar aanvaardbaar vermits een aantal eenmalige kosten reeds uitgemiddeld zijn onder andere posten.

In een advies van 23 december 2010 sluit ATO zich aan bij de beoordeling van verwerende partij dat de bv Boskalis het vermoeden van abnormale offerteprijs adequaat heeft weerlegd zowel wat betreft de eenheidsprijzen van de posten 1.3.5. en 1.3.6. als wat betreft het toeslagpercentage AKW en de daarbij behorende zogenaamde eenmalige kosten. Het voorstel te gunnen aan de bv Boskalis wordt gunstig geadviseerd.

3.7. In een eerste gunningsverslag wordt vervolgens voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de bv Boskalis als inschrijver met de laagste regelmatige offerte en dit voor een bedrag van 4.837.000 euro, btw niet inbegrepen. Dit verslag bevat het volgende prijsonderzoek:

“3. Prijsonderzoek

De raming bedraagt 6.495.400 euro (excl. BTW).

Het berekend gemiddelde van de inschrijvingen volgens KB 08/01/1996, art. 110, § 4 bedraagt 5.841.564,79 euro (excl. BTW). Het grensbedrag voor het nazicht van het eventueel abnormaal karakter van de inschrijvingsprijs bedraagt 4.965.330,07 (excl. BTW).

Inschrijver	Bedrag inschrijving (excl. BTW)	Afwijking t.o.v. het gemiddelde	Afwijking t.o.v. de raming
Boskalis bv	4.837.800,00 euro	- 17,18 %	- 25,52 %
Ghent Dredging – Baggerbedrijf De Boer	5.297.730,00 euro	-9,31%	-18,44 %
Besix-Westconstruct THV	5.521.920,97 euro	- 5,47 %	-14,99 %
DC Industrial NV	5.780.175,50 euro	- 1,05 %	- 11,01 %

Dredging International – Jan De Nul THV	5.958.500,00 euro	+ 2,00 %	- 8,27 %
Herbosch-Kiere NV	6.649.497,50 euro	+13,83 %	+ 2,37 %
Stadsbader D.-Flamand NV	6.704.573,16 euro	+14,77%	+ 3,22 %
CEI – De Meyer NV	6.920.150,00 euro	+18,46%	+ 6,54 %

De inschrijvingsprijs van de laagste inschrijver, Boskalis bv ligt onder dit grensbedrag.

Met de brief van 3/12/2010 werd op grond van art. 110 van het KB van 08/01/1996 aan Boskalis bv een gedetailleerde prijsverantwoording voor de totale prijs gevraagd.

Boskalis bv verstrekke de prijsverantwoording met zijn brief van 9/12/2010.

De ontvangen prijsverantwoording werd door de afdeling Bovenschelde onderzocht (zie nota aan de afdeling ATO van 13/12/2010).

Aangezien het bedrag van de laagste inschrijvingen meer dan 15% onder het gemiddelde bedrag van de inschrijvingen ligt, en het bedrag van de laagste inschrijver meer dan 250.000 euro bedraagt, werd het dossier overeenkomstig de omzendbrief OW 2000/3 van 17/5/2000 aan de afdeling ATO voor advies voorgelegd.

Deze verantwoording werd door de afdeling ATO ontoereikend bevonden daar de voorgestelde posten slechts een beperkt deel van de totale aanname vertegenwoordigen en onvoldoende gedetailleerd werden verantwoord. Teneinde de verantwoording beoordeelbaar te maken, werd op 12/12/2010 bijkomende verantwoording gevraagd aan Boskalis bv, inzonderheid de impact van de uitvoeringswijze van de baggerwerken en de relatie van het baggeren met het transport naar en bergen op de site 't Vliegveld in Lochristi.

Boskalis bv diende daaropvolgend op 17/12/2010 een prijsverantwoording in ter onderbouwing van de posten 1.3.5. (baggeren) en 1.3.6. (vervoer naar en bergen Lochristi).

De ontvangen prijsverantwoording van Boskalis bv werd aan de afdeling ATO overgemaakt.

De afdeling ATO vond deze prijsverantwoording ontoereikend om de afwijking van de gemiddelde inschrijfprijs eenduidig te verklaren en het wettelijke vermoeden van abnormaliteit te weerleggen.

Op 21/12/2010 werd bijkomende verantwoording gevraagd van Boskalis bv, m.n. een gedetailleerde prijsverantwoording voor de posten 1.3.5. en

1.3.6. en een verklaring voor het toeslagpercentage AKW. Boskalis bv diende op 22/12/2010 een gedetailleerde prijsverantwoording in.

De ontvangen prijsverantwoording werd door de afdeling Bovenschelde onderzocht en realistisch bevonden. De afdeling Bovenschelde oordeelde dat de offerte van inschrijver Boskalis bv voor een bedrag van 4.837.800 euro (excl. BTW) geen abnormaal karakter vertoont en aldus prijstechnisch als regelmatig kan beschouwd worden.

Het prijstechnisch advies van de afdeling ATO werd aangevraagd op 22/12/2010.

Uit dit advies van ATO blijkt dat deze afdeling zich uitsluit bij het voorstel van de afdeling Bovenschelde om de opdracht toe te wijzen aan de laagste regelmatige inschrijver, Boskalis bv.”

3.8. Op 23 december 2010 beslist verwerende partij, met verwijzing naar dit gunningsverslag waarvan de motivering en het besluit geheel wordt onderschreven, om de opdracht te gunnen aan de bv Boskalis.

Deze beslissing en het gunningsverslag worden meegedeeld aan verzoekende partijen.

3.9. Op 19 januari 2011 vorderen verzoekende partijen de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing van 23 december 2010, wat verwerende partij op 1 februari 2011 ertoe brengt om de gunningsbeslissing van 23 december 2010 in te trekken.

Naar aanleiding van dit schorsingsverzoek had verwerende partij eerder, in een brief van 26 januari 2011, ATO gevraagd:

“[...] de gevolgde werkwijze nogmaals met nodige en voldoende detail toe te lichten en te staven, inzonderheid:

- het volstaan van verantwoording van de bewuste posten voor het prijs-onderzoek in functie van het vermoeden van abnormale totaalprijs gelet op art. 110§4 van het KB van 08/01/1996.

en

- de keuze van desbetreffende posten, m.n. 1.3.5. (baggeren) en 1.3.6. (vervoeren en bergen van baggerspecie in Lochristi) ter verklaring van het globale prijsverschil.”

In een brief van 28 januari 2011 antwoordt ATO dat de gevolgde onderzoeksmethodiek aanvaardbaar is, dat het gecumuleerd aandeel van beide posten een belangrijk deel (55,8%) bedraagt van de offerte van de bv Boskalis en dat het baggeren en vervoer en bergen op 't Vliegveld in Lochristi ontegensprekelijk de kern van de aanneming vormen.

3.10. Volgens de nota “teneinde elke mogelijke twijfel en onzorgvuldigheid aangaande het regelmatigheidsonderzoek uit te sluiten”, vraagt verwerende partij in een brief van 29 maart 2011 aan de bv Boskalis binnen 21 kalenderdagen de nodige verantwoordingen te bezorgen voor de 28 nog niet verantwoorde posten van haar offerte.

Met een brief van 1 april 2011 deelt de bv Boskalis een detailbegroting van de posten mee gestaafd met een aantal bijlagen zoals onder meer wekkosten van materieel, gedetailleerde offertes en overzicht van de interne tarieven van het CAO-personeel.

In een brief van 29 april 2011 deelt verwerende partij aan ATO mee dat zij deze verantwoording realistisch acht voor alle posten behalve 1.3.9 waarvoor bijkomende verduidelijking noodzakelijk wordt geacht wat betreft het inbegrepen zijn van de transportkosten.

In een advies van 4 mei 2011 sluit ATO zich volgens de nota aan bij dit oordeel dat de voorgestelde prijzen voor deze posten regelmatig zijn.

3.11. Voor de post 1.3.9 “vervoer en afname van baggerspecie - niet-herbruikbare specie” vraagt verwerende partij in een brief van 10 mei 2011 aan de bv Boskalis om binnen twaalf kalenderdagen de wijze waarop de kostprijs tot stand is gekomen te verduidelijken, inzonderheid de transportkost (transporttijd en -afstand, kosten materieel, personeel en brandstof,...) alsook de kost van laden en lossen, evenals de stort- en/of verwerkingskosten.

In een brief van 20 mei 2011 geeft de bv Boskalis een bijkomende cijfermatige toelichting voor wat betreft vrachtprijzen, transportafstanden, transporttijden en een eenheidsprijs voor het lossen van het schip en de ontvangst van de specie.

In een brief van 25 mei 2011 aan ATO deelt verwerende partij mee dat zij deze verantwoording aanvaardt en vraagt zij het advies van ATO.

In een advies van 25 mei 2011 bevestigt ATO volgens de nota, dat al de nodige kosten waren inbegrepen in de door de bv Boskalis geboden eenheidsprijs en dat haar offerte regelmatig was. Er wordt bevestigd dat de prijs voor post 1.3.9. voldoende verduidelijkt werd en, met verwijzing naar de eerdere adviezen van 23 december 2010 en 4 mei 2011, wordt besloten dat het wettelijk vermoeden van een abnormaal laag offertebedrag door de bv Boskalis adequaat werd weerlegd.

3.12. In een nieuw gunningsverslag van 1 juni 2011 wordt vervolgens opnieuw voorgesteld de opdracht te gunnen aan de bv Boskalis als inschrijver met de laagste regelmatige offerte. Dit verslag bevat het volgende prijsonderzoek, dat hier wordt hernomen met weglating van het prijsvoordeel dat op de posten 1.2.1, 1.2.3 en 1.3.5 wordt gerealiseerd door de bv Boskalis en dat door verwerende partij als een vertrouwelijk gegeven wordt aangemerkt:

“De raming bedraagt 6.495.400 euro (excl. BTW).

Het berekend gemiddelde van de inschrijvingen volgens KB 08/01/1996, art. 110 § 4 bedraagt 5.841.564,79 euro (excl. BTW). Het grensbedrag voor het nazicht van het eventueel abnormaal karakter van de inschrijvingsprijs bedraagt 4.965.330,07 euro (excl. BTW).

[herneming berekeningstabel uit eerste gunningsbeslissing]

De inschrijvingsprijs van de laagste inschrijver, Boskalis bv ligt onder dit grensbedrag.

Met de brief van 3/12/2010 werd op grond van art. 110 § 4 van het KB van 08/01/1996 aan Boskalis bv een gedetailleerde prijsverantwoording voor de totale prijs gevraagd.

Boskalis bv verstrekke de prijsverantwoording met brief van 9/12/2010 en verduidelijkte vooreerst dat haar lagere prijs bekomen werd doordat zij bij een aantal posten een waarde kon toekennen aan de vrijgekomen materialen. Verder stelde de Boskalis bv dat de lagere prijs eveneens het gevolg was van de door haar gekozen uitvoeringswijze. Daarna heeft Boskalis bv drie posten concreet verantwoord die volgens haar bijzonder bepalend waren geweest voor haar totale prijs. De posten die verantwoord werden betreffen: post. 1.2.1 (uitbreken van metalen damplanken), post 1.2.3 (uitbreken van breuksteenbestortingen) en post 1.3.5 (baggeren). Hiermee becijferde Boskalis bv een prijsvoordeel van € [...] als volgt:

- voor post 1.2.1.: restwaarde vrijgekomen metalen damplanken gebaseerd op de actuele oud ijzer prijs
- voor post 1.2.3.: recuperatie van vrijgekomen breuksteen in een ander werk, rekening houdend met verwijderen, schoonmaken en afvoeren
- voor post 1.3.5.: gerichte keuze uitvoeringswijze en materiaalinzet

De ontvangen prijsverantwoording werd door de afdeling Bovenschelde onderzocht en realistisch bevonden in die zin dat zij de lagere inschrijvingsprijs kon verantwoorden. De offerte van Boskalis bv kon volgens de afdeling Bovenschelde op prijstechnisch vlak als regelmatig beschouwd worden. Meer bepaald was de afdeling Bovenschelde van oordeel dat de door de Boskalis bv aangegeven recuperatiewaarde van bepaalde materialen alsook de voorgestelde aanpak realistisch was en dat de gekozen uitvoeringswijze met aangepast materiaal de lage prijs voor post 1.3.5. (baggeren) kon verklaren.

Aangezien het bedrag van de laagste inschrijvingen meer dan 15 % onder het gemiddelde bedrag van de inschrijvingen ligt, en het bedrag van de laagste inschrijver meer dan 250.000 euro bedraagt, werd het dossier op 13 december 2010 overeenkomstig omzendbrief OW 2000/3 van 17/5/2000 aan de afdeling Algemene Technische Ondersteuning ('ATO') voor advies voorgelegd.

De verantwoording vanwege Boskalis bv werd vervolgens door de afdeling ATO onderzocht. Hoewel ATO stelde dat de werkwijze voor het verantwoorden van het offertebedrag door het verantwoorden van eenheidsprijzen of totale prijzen van posten op zich aanvaardbaar is, was ATO van mening dat de door Boskalis bv verantwoorde posten een te beperkt deel van de totale aanneming uitmaakten om de totale offerteprijs te verantwoorden.

ATO meende onder meer dat post 1.3.5. (baggeren) enkel zou kunnen beoordeeld worden in combinatie met het vervoer van de baggerspecie nu deze handelingen in de praktijk nauw verbonden zijn.

Niettegenstaande de afdeling Bovenschelde de door Boskalis bv verstrekte prijsverantwoording voldoende en realistisch vond dermate dat zij de lagere inschrijvingsprijs kon verklaren, werd er ingevolge het advies van ATO voor geopteerd om alsnog een bijkomende prijsverantwoording te vragen aan Boskalis bv. Per schrijven van 16 december 2010 verzocht de afdeling Bovenschelde bijkomende informatie aan Boskalis bv, inzonderheid de impact van de uitvoeringswijze van de baggerwerken verder te verklaren en de relatie van het baggeren met het transport naar en bergen op de site 't Vliegveld in Lochristi verder te verduidelijken.

Boskalis bv diende daaropvolgend op 17/12/2010 een bijkomende prijsverantwoording in ter onderbouwing van de posten 1.3.5 (baggeren) en 1.3.6 (vervoer naar en bergen in Lochristi). Daarbij werd voor deze posten een prijsopbouw verstrekt alsook een toelichting op de uitvoeringswijze 'droog' en 'nat' baggeren en het ermee gepaard gaande prijsvoordeel.

Gelet op de omzendbrief OW 2000/3 van 17/5/2000, werd de ontvangen prijsverantwoording van Boskalis bv opnieuw aan de afdeling ATO overgemaakt. De afdeling ATO meende dat de bijkomende verantwoording vanwege Boskalis bv en de verstrekte prijsopbouw verder geconcretiseerd en gedetailleerd diende te worden teneinde een verdere beoordeling te kunnen doen.

Ingevolge de visie van ATO werd op 21/12/2010 opnieuw om bijkomende informatie gevraagd aan Boskalis bv, m.n. een gedetailleerde prijsverantwoording voor de posten 1.3.5 (baggeren) en 1.3.6 (vervoer en bergen van baggerspecie naar Lochristi), omvattende o.a. de prijstechnische beschouwingen inzake droog/nat-baggeren (incl. materieel, arbeidskrachten, rendementen, stavingen, ...), transportafstanden en - snelheden, overslaglocatie, precieze inhoud 'uitvoeringskosten en aan- en afvoer materieel', verwerkingswijze specie in Lochristi, ... en een verklaring voor het toeslagpercentage AKW.

Boskalis bv diende op 22/12/2010 een uitgebreide en gedetailleerde prijsverantwoording in. Deze laatste prijsverantwoording werd door de afdeling Bovenschelde onderzocht en realistisch bevonden. Het door Boskalis bv vooropgestelde in te zetten personeel en materieel werd aanvaardbaar geacht. Er werd rekening gehouden met een vergoeding voor de havenarbeiders, waarvoor een reële vergoeding werd voorzien. De detailbegroting voor de posten 1.3.5 en 1.3.6 werd realistisch geacht en werd gestaafd door de nodige bijlagen (weekkosten schip, vaarafstanden, vervoerafstanden transport, vervoerafstand op terrein Lochristi, berekening transportprijs per m³, tarieven beunbakken, weekkosten sleepboten, vervoersafstanden Kes-

teleyen-Lochristi, berekening transportprijs per m², offertes). Tevens is uit het onderzoek gebleken dat Boskalis bv niet heeft gespeculeerd op de eventuele toestemming van Waterwegen en Zeekanaal om bepaalde baggerspecie zelf aan te wenden om aldus een prijsvoordeel te realiseren. Het geheel kon door de afdeling Bovenschelde aanvaard worden. Hetzelfde gold voor het toeslagpercentage AKW dat aanvaard kon worden.

Ingevolge de omzendbrief OW 2000/3 van 17/5/2000, werd de verantwoording nogmaals voorgelegd aan ATO op 22/12/2010. ATO sloot zich aan bij de visie van de afdeling Bovenschelde en kwam eveneens tot het besluit dat de vermoedens van abnormale offerteprijzen door Boskalis bv adequaat werden weerlegd, zowel wat betreft de eenheidsprijzen van de posten 1.3.5. (baggeren) en 1.3.6. (vervoeren en bergen baggerspecie) als aangaande het toeslagpercentage voor algemene kosten en winst en de daarbijhorende zgn. 'éénmalige kosten'.

ATO verduidelijkte later nog dat de verantwoording van het offertebedrag door verantwoording van posten 1.3.5 en 1.3.6 nodige en voldoende informatie bevat aangezien:

- het gecumuleerde aandeel van beide posten een belangrijk deel (55,8 %) bedraagt van de offerte van Boskalis BV.
- het baggeren en vervoer en bergen op 't Vliegveld in Lochristi ontegensprekelijk de kern van de aanneming vormen.

Niettegenstaande het gedane onderzoek en de vaststelling dat de door Boskalis bv verstrekte prijsverantwoordingen bevestigden dat de geboden totaalprijs niet abnormaal was, werd, gelet op de omvang de opdracht en teneinde elke mogelijke twijfel uit te sluiten, ervoor geopteerd om op basis van artikel 110, par. 4 van het K.B. van 8/1/1996 de prijsverantwoording uit te breiden naar alle posten, zodanig dat afdeling Bovenschelde op een transparante wijze een volledig prijsonderzoek kon uitvoeren.

Op 29/03/2011 werd Boskalis bv verzocht de verantwoordingen te bezorgen voor de nog te verantwoorden posten van hun offerte. Boskalis diende daarvoor op 06/04/2011 een gedetailleerde verantwoording in voor alle resterende posten, nl.

- 1.1.1 Vermelding van de bouwplaats
- 1.1.2 Signalisatie van werken op wegen
- 1.1.3 Signalisatie van werken op waterwegen
- 1.1.4 Opstellen van de directiekeet
- 1.1.5 Inrichten van de werfzone
- 1.1.6 Verhuren van aanwijzing van de bouwplaats
- 1.1.7 Verhuren van signalisatie van werken op wegen
- 1.1.8 Verhuren van signalisatie van werken op waterwegen
- 1.1.9 Verhuren van directiekeet
- 1.1.11 Verwijderen van de aanwijzing van de bouwplaats

- 1.1.12 Verwijderen van signalisatie van werken op wegen
- 1.1.13 Verwijderen van signalisatie van werken op waterwegen
- 1.1.14 Verwijderen van keten
- 1.2.2 Uitbreken van een waterleiding
- 1.2.4 Uitbreken betonnen oeververdediging
- 1.2.5 Uitbreken van open steenasfaltbekleding
- 1.3.1 Inpeilingen
- 1.3.2 Opruimen van zonevreemde voorwerpen
- 1.3.3 Uitpeilingen
- 1.3.4 Ploegen
- 1.3.7 Vervoer en afname van baggerspecie – vrij hergebruik bodem
- 1.3.8 Vervoer en afname van baggerspecie – bouwstof
- 1.3.9 Vervoer en afname van baggerspecie – niet-herbruikbare specie
- 1.4.1 Leveren en plaatsen van zinkstukken op basis van wiepen
- 1.4.2 Breuksteenbestorting soort LMB 60/300
- 1.4.3 Breuksteenbestorting soort LMB 40/200
- 1.5.1 Mobilisatie en demobilisatie
- 1.5.2 Onvoorziene werken, personeel

De detailbegroting werd gestaafd met de nodige bijlagen (weekkosten multitug incl. multibeam/ploeg, personeel- en materieelinzet, tijdsbesteding, interne tarieven Boskalis CAO-personeel, transportkosten, stortkosten, offertes,...). De ontvangen prijsverantwoording werd door de afdeling Bovenschelde onderzocht en realistisch bevonden, m.u.v. post 1.3.9. aangaande het transport en de afname van de verontreinigde (niet-herbruikbare) specie, waar bijkomende verduidelijking inzake het inbegrip van de transportkosten noodzakelijk was voor een eenduidige beoordeling. Gelet op de omzendbrief OW 2000/3 van 17/5/2000, werd de ontvangen prijsverantwoording van Boskalis bv opnieuw aan de afdeling ATO overgemaakt. De afdeling ATO sluit zich hierbij aan.

Bijgevolg werd op 10/05/2011 aan Boskalis bv verzocht om bijkomende verduidelijking aangaande het tot stand komen van de prijs van desbetreffende post 1.3.9, inzonderheid de transportkost, alsook de kost van laden en lossen, evenals de stort- en/of verwerkingskosten.

Boskalis diende daarvoor op 20/05/2011 een bijkomende toelichting in. Uit deze toelichting blijkt dat de prijs is opgebouwd uit een tweetal componenten en betrekking heeft op het transport van de specie met beunschip van de Ringvaart naar de stortlocatie, rekening houdend met transportafstand en -tijd, alsmede op het lossen en de ontvangst (stort/verwerkingskosten) van de specie vanuit het beunschip. De afdeling Bovenschelde heeft deze prijsverduidelijking onderzocht en in rede verantwoord bevonden. De ontvangen prijsverantwoording van Boskalis bv werd opnieuw aan de afdeling ATO overgemaakt. De afdeling ATO sluit zich aan bij deze visie.

Er wordt geoordeeld dat de offerte van inschrijver Boskalis bv voor een bedrag van 4.837.800 euro (excl. BTW) geen abnormaal karakter vertoont en aldus prijstechnisch als regelmatig kan beschouwd worden.

BESLUIT

De ontvangen prijsverantwoording werd door de afdeling Bovenschelde onderzocht en in rede verantwoord bevonden. De afdeling Bovenschelde oordeelde dat de offerte van inschrijver Boskalis bv voor een bedrag van 4.837.800 euro (excl. BTW) geen abnormaal karakter vertoont en aldus prijstechnisch als regelmatig kan beschouwd worden. Uit het advies van ATO blijkt dat deze afdeling zich aansluit bij het voorstel van de afdeling Bovenschelde om de opdracht toe te wijzen aan de laagste inschrijver, Boskalis bv.”

Op 8 juni 2011 beslist verwerende partij, met verwijzing naar dit gunningsverslag waarvan de motivering en het besluit geheel wordt onderschreven, om de opdracht te gunnen aan de bv Boskalis.

Met een aangetekende brief van 21 juni 2011 deelt verwerende partij aan verzoekende partijen mee dat hun offerte niet is gekozen. De gemotiveerde gunningsbeslissing met het gunningsverslag, met onleesbaarmaking op bladzijde 4 van het door de bv Boskalis in haar eerste prijsverantwoording berekend prijsvoordeel, wordt bijgevoegd.

IV. Tussenkost

4. De bv Boskalis blijkt voordeel te halen uit de bestreden gunningsbeslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zouden alleen nodig zijn indien

zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met het te dezen toepasselijk artikel 65/15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, kan de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, enkel worden ingewilligd indien een ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kan verantwoorden.

VII. Het enig middel

Uiteenzetting van het middel

7. In een enig middel voeren verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 15 en 65/4 - 65/5 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 110, § 4, 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 bestuurs-handelingen en van het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur. Tevens beroepen zij zich op de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag. Aldus voeren zij ook de schending aan van de materiële motiveringsplicht.

De essentiële grief die verzoekende partijen in dit middel tegen de bestreden beslissing aanbrengen is dat “de bestreden beslissing [...] op geen

enkele wijze de afdoende en draagkrachtige feitelijke en juridische overwegingen aangeeft die de inschrijvers toelaten na te gaan om welke exacte en objectieve redenen de prijsverantwoording die door Boskalis bv zelfs na heroverweging werd verstrekt in redelijkheid en zonder schending van het beginsel van de gelijke behandeling der inschrijvers kon worden aanvaard, teneinde het vermoeden van abnormale prijszetting gesteund op de toepassing van art. 110 § 4 K.B. van 8 januari 1996 te weerleggen”.

In dat kader benadrukken zij in de eerste plaats dat de bestreden beslissing verwijst naar adviezen van ATO en de afdeling Bovenschelde, zonder dat dergelijke adviezen werden meegedeeld aan de inschrijvers.

Verzoekende partijen wijzen er vervolgens op dat verwerende partij, gelet op haar beoordelingsvrijheid om de verstrekte prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden en in het licht van de eerdere adviezen van ATO die de initiële prijsverantwoording als niet voldoende kwalificeerde en die herhaaldelijk bezwaren heeft opgeworpen, de beslissing uitgebreid formeel moest motiveren opdat deze als afdoende zou kunnen worden beschouwd. Verwerende partij heeft weliswaar het verloop van de procedure en de gevraagde bijkomende verantwoordingen geschetst, maar heeft niet vermeld “op grond van welke in deze verantwoordingen verstrekte objectieve elementen betreffende de werkwijze, organisatie of specifieke voordelen waarop Boskalis bv beroep zou kunnen doen, het vermoeden van abnormale prijszetting ingevolge het afwijken met meer dan 15% van het gemiddelde becijferd zoals opgegeven in art. 110 §4 K.B. 08.01.1996 zou worden weerlegd”. Er wordt uitgebreid beschreven voor welke posten een gedetailleerde verantwoording werd gevraagd en “in algemene termen wordt beschreven welke aard van technische informatie hierop wordt verstrekt, doch betreffende de conclusie van het *in concreto* onderzoek wordt volstaan met nutteloze stijlformules en algemeenheden”. Verwerende partij mag zich echter niet tevreden stellen met dergelijke overwegingen waarbij zij de verstrekte gegevens “aanvaardbaar” of “realistisch” acht, zonder mee te delen welke objectieve factoren betreffende de werkwijze of de organisatie van de bv Boskalis tot dit besluit aan-

leiding geven. Opdat verzoekende partijen zouden kunnen nagaan of de motieven naar behoren bewezen zijn en verwerende partij geen discriminatoire invulling heeft gegeven aan bepaalde besteksbepalingen of deze heeft miskend, dient de motivering om afdoende te zijn minstens die factoren te vermelden die kunnen rechtvaardigen dat een belangrijk prijsverschil bestond tussen de offerte van de bv Boskalis en het gemiddelde.

Verzoekende partijen gaan ook nader in op twee elementen van de prijsverantwoording: de materiaalrecuperatie en de posten 1.3.7. en 1.3.8.

Wat de materiaalrecuperatie betreft, wijzen zij erop dat de bestreden beslissing zelf aangeeft dat in het kader van een eerste prijsverantwoording de door de bv Boskalis aangegeven elementen van materiaalrecuperatie voor drie posten van de meetstaat niet als een afdoende verantwoording van de totale prijs konden gelden gezien hun relatief zeer beperkt aandeel in de totaalprijs, zodat deze motieven bezwaarlijk als afdoende en draagkrachtig kunnen worden beschouwd in de zin van de formele-motiveringsplicht. Het onvoldoende karakter van deze initiële verantwoording blijkt des te meer aangezien niet eens eenduidig uit het bestek kan worden afgeleid dat de aannemer de damplanken die worden getrokken als eigenaar kan verbruiken of aanwenden. De verwijzing voor post 1.3.5. naar een “Gerichte keuze uitvoeringswijze en materiaalinzet” is volgens verzoekende partijen een vage en nietszeggende verwijzing, die niet toestaat na te gaan of het zinvol is de door de wet ter beschikking gestelde rechtsmiddelen aan te wenden.

Betreffende de posten 1.3.7. en 1.3.8. van de meetstaat merken verzoekende partijen op dat de bv Boskalis in haar meetstaat voor beide posten met dezelfde eenheidsprijs heeft ingeschreven, terwijl deze posten volgens verzoekende partijen een substantieel verschillende afvoer van specie/grondstof inhielden: voor beide posten is er dan ook een substantieel andere kost voor afvoer en hergebruik zodat de prijszetting voor post 1.3.8. bij een normale prijszetting nooit dezelfde kan zijn als deze onder post 1.3.7. Het inschrijven met eenzelfde prijs

voor beide posten betreft dan ook een duidelijke anomalie in de prijszetting waarbij verwerende partij in het prijsonderzoek niet heeft halt gehouden.

Verzoekende partijen besluiten “dat de gehanteerde motivering in de bestreden beslissing verzoekende partij volstrekt in het duister laat betreffende de prijsverantwoording en de interpretatie van de besteksbepalingen die hiermee gepaard is gegaan, evenals betreffende welke factoren binnen de invulling van de gedepisteerde posten van de meetstaat heeft kunnen leiden tot een ‘aanvaardbaar’ prijsverschil met het gemiddelde, en de andere inschrijvers; dat verzoekende partij derhalve niet in redelijkheid kan nagaan of de offertes met respect voor het beginsel van de gelijke behandeling werden beoordeeld betreffende hun materiële regelmatigheid, noch welke de afdoende feitelijke en juridische elementen zijn waarop de aanvaarding van de prijsverantwoording steunt, en of het in die zin aangewezen is de door de wetgever ter beschikking staande rechtsmiddelen uit te putten”.

Beoordeling

8. Overeenkomstig artikel 15 van de wet van 24 december 1993 dient bij openbare of beperkte aanbesteding de opdracht te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende.

Artikel 110, §§ 3 en 4, van het meervermeld koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt:

“§ 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 vermoedelijke 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.

[...]

§ 4. In het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken, gegund bij openbare of beperkte aanbesteding en voor zover minstens vier offertes werden ingediend, wordt bovendien elke offerte waarvan het bedrag minstens vijftien pct. onder het gemiddelde bedrag van de door gegadigden ingediende offertes ligt beschouwd als een offerte waarvan het eventueel abnormale karakter van de prijs moet nagezien worden door de aanbestedende overheid.

Het in het eerste lid beschouwde gemiddelde wordt als volgt berekend:

1° indien het aantal offertes gelijk is aan of groter is dan zeven, met uitsluiting van de laagste offerte en - tegelijkertijd - onder de hoogste offertes van een deel dat een vierde van het geheel van de ingediende offertes vertegenwoordigt. Indien dit aantal niet deelbaar is door vier, wordt dat vierde deel naar de hogere eenheid afgerond;

2° indien het aantal offertes lager ligt dan zeven, met uitsluiting van de laagste en van de hoogste offerte.

Voor een offerte waarbij het eventueel abnormaal karakter van het bedrag dient nagezien te worden in de zin van deze paragraaf, moet de aanbestedende overheid:

1° ofwel in de beslissing om de opdracht toe te wijzen, de verwerping van het bezwaar tegen het schijnbaar abnormale bedrag van de offerte formeel motiveren;

2° ofwel de inschrijver verzoeken de nodige rechtvaardigingen, zoals voorzien in § 3, te bezorgen. Indien na onderzoek van deze rechtvaardigingen blijkt dat het bedrag van de offerte abnormaal is of bij gebrek aan rechtvaardigingen binnen de opgelegde termijn, moet de aanbestedende overheid, in afwijking van § 2, de offerte als onregelmatig beschouwen en bijgevolg als van rechtswege nietig.”

9. In het kader van het nazicht van blijkbaar abnormaal lage prijzen zoals bepaald door het hiervóór aangehaalde artikel, beschikt de aanbestedende

overheid over een grote beoordelingsvrijheid om gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden. De Raad van State mag zich bij een dergelijke beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur. Hij mag wel nagaan 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. Een inschrijver mag zich niet beperken tot vaagheden en algemeenheden.

De in hetzelfde artikel opgesomde objectieve factoren, waarmee de aanbestedende overheid rekening mag houden bij haar onderzoek, zijn niet limitatief. Het prijsonderzoek door de aanbestedende overheid moet wel gebeuren met inachtneming van de zorgvuldigheidsverplichting.

De formele motivering van de bestreden beslissing moet de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde 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.

10. In de bestreden beslissing wordt uitdrukkelijk vermeld dat de offerte van de bv Boskalis met een prijs van 4.837.800 euro, btw niet inbegrepen, de laagste regelmatige inschrijving is zodat overeenkomstig artikel 15 van de wet van 24 december 1993 de opdracht aan haar gegund dient te worden.

Bij een aanbesteding is een toewijzingsbeslissing in beginsel afdoende formeel gemotiveerd door verwijzing naar de laagste inschrijvingsprijs.

11.1. De bestreden beslissing en het bijbehorende gunningsverslag bevatten voorts een uitgebreide motivering met betrekking tot het prijsonderzoek overeenkomstig artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en de redenen waarom werd aanvaard dat de bv Boskalis in de meegedeelde prijsverantwoordingen het vermoeden van abnormaliteit van haar prijs had weerlegd.

11.2. Verzoekende partijen tonen niet aan dat verwerende partij verplicht was daarenboven de inhoud van de ontvangen prijsverantwoordingen en de gedetailleerde prijsopbouw voor elke post, die deel uitmaken van het administratief dossier, verder dan zij het deed in het gunningsverslag, kenbaar te maken aan verzoekende partij.

Artikel 65/10 van de wet van 24 december 1993 bepaalt in dit verband uitdrukkelijk:

“§ 1. Bepaalde gegevens mogen evenwel niet worden medegedeeld indien de openbaarmaking ervan de toepassing van een wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met het openbaar belang, nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van overheidsbedrijven of particuliere ondernemingen of de eerlijke mededinging tussen de ondernemingen zou kunnen schaden.

§ 2. De aanbestedende instantie en elke persoon die, in het kader van zijn functie of van de hem toevertrouwde opdrachten, kennis heeft van vertrouwelijke informatie over een opdracht of die hem, in het kader van het plaatsen en de uitvoering van de opdracht, door de kandidaten, inschrijvers, aannemers, leveranciers of dienstverleners werd verstrekt, mogen die informatie niet bekendmaken. Deze informatie heeft meer bepaald betrekking op de technische of commerciële geheimen en op de vertrouwelijke aspecten van de offertes.

Zolang de aanbestedende instantie geen beslissing heeft genomen over, naargelang het geval, de selectie of kwalificatie van de kandidaten, de regelmatigheid van de offertes, de gunning van de opdracht of de beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht, hebben de kandidaten, inschrijvers en derden geen toegang tot de documenten betreffende de procedure, met name de aanvragen tot deelneming of kwalificatie, de offertes en de interne documenten van de aanbestedende instantie.”

In de huidige stand van het geding wordt door verzoekende partijen niet aangetoond dat de eenheidsprijzen en de gegevens door de bv Boskalis opgenomen in de prijsverantwoordingen, zoals de concrete elementen van de prijsopbouw per post, geen vertrouwelijke informatie zouden zijn waarvan de openbaarmaking de rechtmatige commerciële belangen van deze inschrijver kan schaden, alsook de eerlijke mededinging tussen verzoekende partijen en de bv Boskalis. In de mate dat verzoekende partijen zelf hun offerte en dus de ingevulde opmetingsstaat met hun eenheidsprijs per post als vertrouwelijk indienen,

aanvaarden zij in hun visie logischerwijze dat de prijsopbouw van de eenheidsprijzen zoals meegedeeld door de bv Boskalis in de prijsverantwoordingen ook vertrouwelijk is. Blijkens hun eigen stuk 9 kennen verzoekende partijen trouwens de eenheidsprijzen voorgesteld door de bv Boskalis.

Daarenboven lijkt het hoe dan ook niet raadzaam om reeds in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid - en dus zonder diepgaand onderzoek - de vertrouwelijkheid te lichten, wegens de dreiging daardoor ingrijpende en niet omkeerbare gevolgen voor het zakengeheim van de betrokken inschrijver te bewerkstelligen.

11.3. Verzoekende partijen stellen ten onrechte dat een bijzondere formele motivering vereist is omdat afgeweken werd van het advies van ATO. ATO heeft immers reeds voor de eerste ingetrokken beslissing op 23 december 2010 geadviseerd dat het wettelijk vermoeden van een abnormaal lage inschrijvingsprijs was weerlegd op basis van de verantwoording van de posten 1.3.5. en 1.3.6. en heeft dit later bevestigd; uiteindelijk aanvaardde ATO ook de verantwoording voor post 1.3.9. Op het eerste gezicht wordt er in de eerste ingetrokken beslissing noch in de thans bestreden beslissing afgeweken van deze adviezen, zodat dit aspect van de grief feitelijke grondslag mist.

11.4. In het licht van wat voorafgaat is de formele motiveringsplicht niet geschonden, zo lijkt, door het niet tegelijk meedelen van de beoordeling van de prijsverantwoordingen door de afdeling Bovenschelde zoals meegedeeld aan ATO, of van de adviezen van ATO. De inhoud daarvan wordt trouwens samengevat in de gunningsverslagen.

11.5. Aldus lijkt de bestreden beslissing en het bijbehorende gunningsverslag, rekening houdend met artikel 65/10 en in de omstandigheden van deze zaak, afdoende formeel te motiveren waarom de totaalprijs van tussenkomende partij werd aanvaard.

Deze motivering verwijst naar restwaarden inzake posten 1.2.1. en 1.2.3. en naar de specifieke uitvoeringswijze voor post 1.3.6. Ze geeft algemeen aan wat in de eenheidsprijzen voor de posten is begrepen, ze verwijst naar die meegedeelde prijsopbouw en de bijbehorende stavingstukken, naar het percentage AKW en naar het aandeel van posten 1.3.5. en 1.3.6. in de totaalprijs, posten waarvan de bestreden beslissing vaststelt dat ze alleen al de totaalprijs van de bv Boskalis verantwoorden. Ze lijkt aldus niet beperkt te zijn tot “nutteloze stijlformules en algemeenheden” of een algemeen overzicht van het procedureverloop, zoals verzoekende partijen opwerpen.

Voor specialisten zoals verzoekende partijen mag voorts worden aangenomen dat, bijvoorbeeld, de omschrijving van de specifieke uitvoeringswijzen voor de post 1.3.5. (droog en nat baggeren), de referentie voor de posten 1.2.1. en 1.2.3. aan de restwaarde van de metalen damplanken als oud ijzer respectievelijk recuperatie van breukstenen in een ander werk, of de elementen ter staving van post 1.3.6. (weekkosten schip, vaarafstanden, vervoerafstanden transport, vervoerafstand op terrein Lochristi, berekening transportprijs per m³, tarieven beunbakken, weekkosten sleepboten, vervoersafstanden Kesteleyn-Lochristi, berekening transportprijs per m², offertes, waarbij wordt opgemerkt dat de prijs is opgebouwd uit een tweetal componenten en betrekking heeft op het transport van de specie met beunschip van de Ringvaart naar de stortlocatie, rekening houdend met transportafstand en -tijd, alsmede op het lossen en de ontvangst -stort/verwerkingskosten- van de specie vanuit het beunschip), hen in staat stellen te oordelen of dit een lagere prijs kan verantwoorden. Verzoekende partijen bieden voor een aantal van deze posten trouwens ook een negatieve prijs.

12.1. Deze conclusie blijft voorts gestand na het navolgend onderzoek van hun meer concrete grieven.

12.2. Voorafgaand aan dit onderzoek zij nog vastgesteld dat het verschil tussen de door verzoekende partijen aangeboden prijs (5.297.730 euro), waarvan aangenomen mag worden dat deze volgens henzelf niet abnormaal is, en

de door tussenkomende partij aangeboden prijs (4.837.800 euro), 459.930 euro bedraagt, hetgeen blijkens het administratief dossier alleen al verklaard zou kunnen worden door het prijsvoordeel waarmee tussenkomende partij rekening houdt voor posten 1.2.1., 1.2.3. en 1.3.5.

13. Wat de kritiek inzake de materiaalrecuperatie betreft, is hiervóór reeds aangenomen dat specialisten zoals verzoekende partijen ogenschijnlijk in staat moeten zijn te oordelen of de in de motivering opgegeven elementen een lagere prijs kunnen verantwoorden en of het zin heeft die beoordeling te betwisten en dat zij voor deze posten zelf trouwens ook een negatieve prijs bieden.

Het argument inzake post 1.2.1., dat niet eenduidig uit het bestek kan worden afgeleid dat de aannemer de damplanken die worden getrokken als eigenaar kan verbruiken of aanwenden, leidt niet tot een andere conclusie. Er wordt immers niet concreet en specifiek toegelicht waarom het bestek dit zou uitsluiten. Voorts lijkt dit in ieder geval niet nuttig door verzoekende partijen ingeroepen te kunnen worden aangezien zij, zoals reeds opgemerkt, voor deze post 1.2.1. zelf ook een negatieve prijs invulden en dus uitgingen van een restwaarde voor de inschrijver.

Ook het argument dat dit alles geen afdoende motief kan zijn voor het aanvaarden van de totaalprijs voorgesteld door de bv Boskalis omdat dit slechts een beperkt aandeel van de totaalprijs betreft, zoals vastgesteld in het gunningsverslag, toont *prima facie* niet het tegendeel aan, alleen al omdat deze prijs reeds in de eerste ingetrokken beslissing niet aanvaard werd op basis van deze verantwoording alléén, maar wel pas nadat óók een verantwoording werd gevraagd, ontvangen en aanvaard voor post 1.3.6. Uit het dossier en het gunningsverslag blijkt voorts dat ATO de uiteindelijke verantwoording voor de posten 1.3.5. en 1.3.6. samen reeds voor de eerste ingetrokken beslissing voldoende achtte onder meer wegens hun individueel en gecumuleerd aandeel in de offerte van de bv Boskalis - zoals vermeld in het gunningsverslag 55,8 % - en omdat het baggeren en het vervoer en de berging van het merendeel van de specie op 't Vliegveld in

Lochristi ontegensprekelijk de kern van de aanneming vormen. Dit lijkt ook het standpunt van verwerende partij zelf die in het gunningsverslag vaststelt dat de door de bv Boskalis verstrekte verantwoordingen (voor deze posten) aantonen dat de geboden prijs niet abnormaal is. Verzoekende partijen tonen niet aan waarom zij deze beoordeling niet konden betwisten.

14. Wat ten slotte de bewering betreft dat voor de posten 1.3.7. en 1.3.8. niet met dezelfde eenheidsprijs kan worden ingeschreven zoals de bv Boskalis deed, zij vastgesteld dat verzoekende partijen die bewering steunen op conclusies die zij trekken uit een milieuhygiënisch bodemonderzoek vermeld in het bestek zonder dit onderzoek zelf voor te leggen. Nog daargelaten het technisch karakter van deze grief, kan het uitgangspunt van dit onderdeel van het middel om die reden alleen al niet worden onderzocht in het kader van de huidige vordering.

Daartegenover betoogt verwerende partij in haar nota, en in de huidige stand van het geding overtuigend, dat verzoekende partijen foutief stellen dat specie moeten worden “herwerkt” tot bouwstof aangezien de milieuhygiënische kwaliteit van bouwstof een gegeven is dat vaststaat wanneer de specie is gebaggerd en geen verdere handelingen door de aannemers vereist: eens de specie die milieuhygiënische kwaliteit heeft gekregen dan zal ze volgens verwerende partij door de aannemer worden “verkocht” aan een afnemer die dan verder het nodige zal doen om deze conform de milieuwetgeving ter zake op zijn beurt door te verkopen en nergens is in het bestek bepaald dat deze specie op een welbepaalde wijze, of slechts na een welbepaalde behandeling mag worden afgeleverd bij een afnemer. Zij meent voorts dat “het verschil tussen specie die voor vrij hergebruik als bodem in aanmerking komt (wat doorgaans zand is waarbij gebaggerd zand geen specifieke aandacht naar ontwateren vereist) en specie die als niet vormgegeven bouwstof kan worden hergebruikt (welke doorgaans fijner van korrel is waarbij indien de hergebruiktoepassing de steekvastheid van deze specie vereist, voor het ontwateren specifieke actie ondernomen te worden) [...] niet bepalend [is] voor de prijscalculatie van de inschrijvers. Het is immers een zaak tussen de inschrijvers en hun afnemers (van de specie) om te bepalen of een ontwatering

noodzakelijk is, en zo ja, wie dit op zich neemt. Het is dus niet éénduidig te stellen dat specie die voor hergebruik als bouwstof in aanmerking komt, dient ontwaterd te worden. Daarbij komt tevens nog dat de afzetprijs voor specie zeer marktge-stuurd is. Het kan als logisch aanzien worden de afzetprijs lager ligt meteen in de buurt van de baggersite, en hoger is op verdere afstand. Immers, de kans op meerdere afzetmogelijkheden is in het tweede geval groter”.

Mede de gegevens voor ogen, eensdeels, dat verwerende partij voor deze posten een prijsverantwoording heeft gevraagd en de meegedeelde verantwoording, in de vorm van een gedetailleerde prijsopbouw met bijlagen, heeft aanvaard en, anderdeels, dat ook de inschrijvers nv Herbosch Kiere en thv Be-six-West Construct voor deze posten met dezelfde prijs inschreven en dat bij geen van de andere inschrijvers het verschil proportioneel verder zo groot is als bij verzoekende partijen, is er minstens in de huidige stand van het geding reden om het uitgangspunt van deze grief niet te aanvaarden.

15. Uit het voorgaande volgt dat verzoekende partijen niet met de vereiste ernst aantonen dat de bestreden beslissing, samen beschouwd met het bijhorende gunningsverslag, geen uitdrukkelijke en afdoende motivering bevat van aard om het vermoeden op basis van artikel 110, § 4, dat de inschrijvingsprijs van de bv Boskalis abnormaal laag was te verwerpen en om de opdracht aan deze inschrijver toe te wijzen als laagste regelmatige. Het middel is niet ernstig in de mate dat het steunt op de schending van de formele-motiveringsplicht die verzoekende partijen afleiden uit de artikelen 65/4 en 65/5 van de wet van 24 december 1993, artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991.

16. Verzoekende partijen voeren in de uiteenzetting van de geschonden geachte rechtsnormen ook de schending van de materiële motiveringsplicht aan, maar lijken deze niet afzonderlijk toe te lichten. Zij duiden niet aan op welke punten de materiële-motiveringsplicht geschonden is en lijken dit dus enkel

af te leiden uit de reeds besproken grieven. In zoverre is het middel dan ook om dezelfde redenen niet ernstig.

17. Verzoekende partijen stellen voorts dat ook het zorgvuldigheidsbeginsel is geschonden in zoverre niet op deugdelijke gronden werd geoordeeld. Ook deze grief lijkt samen te vallen met de reeds besproken schending van de materiële-motiveringsplicht en is om dezelfde redenen niet ernstig.

18. Evenmin is dan aangetoond dat de opdracht niet werd gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende, zoals vereist door artikel 15 van de wet van 24 december 1993.

VIII. Besluit

19. Het enig middel is in zijn geheel niet ernstig. Aldus is niet voldaan aan de schorsingvoorwaarde van een ernstig middel zodat de vordering tot schorsing moet worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv Boskalis tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 350 euro, elk voor de helft.

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 28 juli 2011,
door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Geert Van Haegendoren