

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.996 van 24 april 2012
in de zaak A. 195.769/XII-6134**

In zake: de BVBA VDC AANNEMINGEN
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:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steve Ronse en Jonas Riemsлагh
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 6/24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 8 maart 2010, strekt tot de nietigverklaring van “het besluit van ongeken­de datum [lees: 18 december 2009] vanwege het waarnemend afdelings­hoofd en de administrateur-generaal van de Afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen tot gunning van de opdracht voor aanneming van diensten voor het reinigen van tunnels in district 413 (Eeklo) en 414 (Sint-Niklaas) in de provincie Oost-Vlaanderen (bestek nr. 1M3D8H/09/74) na openbare aanbesteding aan de bvba Willer voor een bedrag van 543.441,25 € incl. btw en het daarvan deel uitmakend gunningsverslag, evenals van de impliciete beslissing tot niet toewijzing van de opdracht aan de [bvba VDC Aannemingen]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 januari 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Sofie Van Noten, die loco advocaat Peter Flamey verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Gilles Dewulf, die loco advocaten Steve Ronse en Jonas Riemslagh verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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. Het Vlaamse Gewest, agentschap Wegen en Verkeer (AWV), afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen, schrijft een openbare aanbesteding van diensten uit voor de opdracht “reinigen van tunnels in het district Eeklo (D413) en Sint-Niklaas (D414) in de provincie Oost-Vlaanderen”.

Het bestek voor deze opdracht van diensten is gekend onder het nummer 1M3D8H/09/74.

De bekendmaking van de opdracht verschijnt in het Bulletin der Aanbestedingen van 6 oktober 2009 en het Publicatieblad van de Europese Unie van 8 oktober 2009.

3.2. Volgens het bestek omvat de aanneming in hoofdzaak de volgende dienstverrichtingen:

“1. Volledige reiniging en ruiming van de afwateringsstelsels (kolken, inspectieputten, pompputten, vergaarbakken, waterafvoergoten, riool- en draineerbuizen, persleidingen...) van de tunnels.

2. Reiniging van wanden, plafonds, trappen en traphallen, het wegdek, boordstenen, veiligheidsstootbanden, metalen borstweringen en diverse toebehoren van de tunnels.

3. Het ter beschikking stellen van personeel en materieel van allerlei aard voor het uitvoeren van onderhouds- en reinigingswerken, niet inbegrepen in de voorgaande beschrijving, en dit volgens de aanduidingen van de leidende ambtenaar.

4. Afvoeren van alle afval afkomstig van de ruimings- en reinigingswerken naar erkende verwerkingsbedrijven of stortplaatsen.

[...]

5. Het plaatsen van de signalisatie, zowel bij dag als bij nacht, nodig voor de uitvoering van de werken.

[...]

De dienstverlener zorgt ervoor dat, indien de prestaties meer dan één nacht of dag in beslag nemen, overdag of 's nachts alle hindernissen op de openbare weg van de tunnel zijn verdwenen.

[...]

Algemeen kan beschouwd worden dat:

- Er per onderhoudsjaar vier dienstbevelen gegeven worden:

o Enerzijds twee dienstbevelen voor een algemene reinigingsbeurt, d.w.z. dat alle posten van het bestek binnen de, in het dienstbevel, opgelegde termijn moeten worden uitgevoerd.

o Anderzijds twee dienstbevelen voor een beperkte reinigingsbeurt, d.w.z. dat de posten van het bestek, waarvoor vier stuks zijn voorzien, binnen de in het dienstbevel opgelegde termijn moeten worden uitgevoerd.”

De geldigheidsduur van het na aanbesteding te sluiten contract is één jaar. Met toepassing van artikel 17, § 2, 2°, b), van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor

aanneming van werken, leveringen en diensten, kan deze worden verlengd voor een nieuwe periode van één jaar.

3.3. Op 10 november 2009 vindt de opening van de offertes plaats. Zes inschrijvers dienen een offerte in voor, na aangebrachte wijzigingen, de volgende prijzen, btw inbegrepen:

- de bvba VDC Aannemingen	299.572,77 euro
- de bvba Willer	543.441,25 euro
- de nv Smet Jet	575.854,73 euro
- de bvba A. Audenaert	797.825,60 euro
- de bvba A. Cockuyt	620.137,10 euro
- de nv V. Peeters	636.078,41 euro.

3.4. Bij het nazicht van de prijzen stelt verwerende partij vast dat de prijs van verzoekende partij 9,51 % lager is dan de raming (331.049,95 euro, btw inbegrepen) en 30 % hoger is dan het geprogrammeerd bedrag. Voorts is de gemiddelde prijs 578.818,31 euro, btw inbegrepen.

Met een brief van 16 november 2009 vraagt verwerende partij aan verzoekende partij om,

“overeenkomstig artikel 110 § 3 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten [...] volgende eenheidsprijzen van uw offerte gedetailleerd te verantwoorden:

- alle posten betreffende het reinigen van pompputten en vergaarbakken: posten 5, 17, 29, 39, 60, 88, 95, 78.
- Alle posten betreffende het mechanisch reinigen New Jersey: posten 106, 42, 20, 64, 53, 80, 107;
- de posten: 36, 45, 110.

Die verantwoording mag enkel gebaseerd zijn op objectieve factoren.

Verder dient u nog volgende documenten op te sturen ter aanvulling van uw offerte:

- de documenten waaruit blijkt dat u zich niet in een toestand van uitsluiting bevindt volgens art. 69 (deze moeten betrekking hebben op uw eigen firma);
- de inlichtingen over de gekozen stortbedrijven;
- een verbintenis van uw onderaannemer dat hij zijn middelen ter beschikking stelt voor de uitvoering van deze opdracht.”

Verzoekende partij antwoordt hierop bij brief van 26 november 2009 het volgende:

“Wij hebben uw schrijven dd. 16.11.2009 in goede orde ontvangen. Eerst en vooral wensen wij aan te stippen dat onze onderneming nog maar recentelijk werd opgericht. Zoals opgegeven bij de aanbesteding zullen de werken in onderaanneming uitgevoerd worden door de firma Gebr. Van Doom Geldermalsen BV uit Nederland. Deze onderneming beschikt over een ruim machinepark evenals de nodige ervaring om de werken conform het bestek en de richtlijnen van het opdrachtgevend bestuur uit te voeren. Bovendien hebben zij momenteel een aanneming lopen die voorziet in de reiniging van gelijkaardige tunnels in het zuiden van Nederland. Een gunning van bovenvermeld bestek past perfect in hun planning om optimaal van hun machinepark gebruik te maken. Zo beschikken zij o.a. over een specifieke tunnelwaswagen die voor dergelijk soort werk is ontworpen. Een mogelijke gunning van bovenvermelde aanneming zou hun machinepark rentabiliseren waardoor de kosten kunnen gedrukt worden. Momenteel is er immers nog een kleine onderbezetting van het machinepark. Bijgevoegd kan u een verklaring terugvinden waarin duidelijk wordt gesteld dat wij, VDC Aannemingen BVBA, kunnen beschikken over hun materieel, personeel en expertise voor de uitvoering van het bestek. Met onze inschrijvingsprijs garanderen wij een degelijke en conforme uitvoering van de werken zonder dat dit voor onze onderneming verlieslatend is. Voor wat betreft de individuele posten kunnen deze eveneens verantwoord worden. De posten m.b.t. het reinigen van pompputten en vergaarbakken worden uitgevoerd door een grote citernevacuümwagen. Het transport naar de verwerkingsinstallatie zit vervat in de algemene kosten van de onderneming. Het rendement voor de uitvoering van deze posten is uiteraard afhankelijk van de hoeveelheid slib. Aangezien alle tunnels in het verleden op regelmatige en correcte wijze moeten zijn onderhouden, gaan wij ervan uit dat de hoeveelheid slib beperkt is. En bijgevolg ook het aantal werkuren dat hieraan dient besteed te worden. Per post volgt nu het aantal uren werk en behorende prijsverantwoording: [...]

Bijgevoegd kan u eveneens de in uw schrijven gevraagde bijkomende stukken terugvinden.”

3.5. Op 18 december 2009 wordt de opdracht gegund aan de bvba Willer.

In het gemotiveerde gunningsverslag staat in het bijzonder met betrekking tot de offerte van verzoekende partij en de door haar gegeven prijsverantwoording het volgende te lezen:

“Bij nazicht van deze verantwoording blijkt het volgende:

1) de verantwoording van de posten m.b.t. pompputten en vergaarbakken (post 5, 17, 29, 39, 60, 88, 95, 78)

Algemeen:

[...]

pompput tunnels:

[...]

2) de verantwoording van de posten m.b.t. reinigen New-Yersey's

[...]

De prijsverantwoording van deze inschrijver is dus in het geheel niet aanvaardbaar. Hierdoor wordt zijn offerte onregelmatig.

Ik stel dan ook voor de werken toe te wijzen aan Willer bvba. De inschrijver die als 2^{de} werd gerangschikt wordt de laagste regelmatige inschrijver. Zijn aanbod ligt 64% hoger dan de raming vermeld op het goedgekeurd voorstel tot aanbesteding en 136% hoger dan het geprogrammeerd bedrag.

Verder zijn er geen aanduidingen die wijzen op abnormale en/of speculatieve eenheidsprijzen voor de belangrijkste posten van deze inschrijving.

VERANTWOORDING VAN HET VERSCHIL TUSSEN VOORSTEL EN RAMING

Rekening houdend met de economische crisis werd de raming laag gehouden (zelfde prijzen als 4 jaar geleden) omdat wij toen vermoedden dat de prijzen niet zouden stijgen. De realiteit is echter anders. Het valt toch op dat de tweede en derde, beiden veel ervaring met het reinigen van deze tunnels, sterk gestegen zijn met hun prijzen in vergelijking met 4 jaar geleden.

De grootste prijsstijgingen situeren zich in volgende posten:

- de werfsignalisatie van verschillende tunnels: Ik vermoed dat de oorzaak ligt bij het feit dat er meer tunnels 's nachts moeten worden geruimd. Dus de signalisatie moet buiten de diensturen worden geplaatst en weggehaald. En er is extra verlichting op de signalisatie nodig.
- de ruiming van pompputten en vergaarbakken: zowel de tweede als derde laagste inschrijver heeft ervaring met het reinigen van de tunnels van het bestek. Ze hebben beiden bij deze posten veel hoger ingeschreven. Ik vermoed dat dit komt doordat bij het ruimen van de pompput er veel tijd verloren gaat met het constant wegpompen van water (vooral bij oudere tunnels) waardoor het moeilijk werken is en door de grote hoeveelheden slib dat moet weggevoerd worden zijn er meer transportkosten (alles incl.).
- het reinigen van wanden tunnel, van keermuren, ...: omwille van het steeds toenemende verkeer in de tunnels en ondanks de 3-

maandelijkse reiniging zijn de wanden telkens weer sterk vervuild. Hierdoor wordt het reinigen steeds intensiever en moeilijker.”

3.6. Verzoekende partij wordt bij brief van 6 januari 2010 op de hoogte gebracht van de beslissing om de opdracht niet aan haar te gunnen.

IV. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

4. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van 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 het Europees niet-discriminatiebeginsel, het transparantiebeginsel en het beginsel van de gelijke behandeling der inschrijvers, van het redelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van het materiële motiveringsbeginsel en de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag.

In een eerste onderdeel richt verzoekende partij haar kritiek op de bestreden beslissing in zoverre ze de prijsverantwoording van verzoekende partij verwerpt op grond van feitelijke elementen waarvan het bestaan niet teruggaat op de door verzoekende partij verstrekte prijsverantwoording doch op eigen deducties waarbij wordt voorbijgegaan aan objectieve elementen inzake bijzondere voordelen en uitvoeringsmethoden die door verzoekende partij werden aangereikt, en minimale prestatie-eisen worden geïntroduceerd die niet teruggaan op het bestek en de door de inschrijver bij voorbaat gekende elementen.

In een tweede onderdeel voert verzoekende partij aan dat de bestreden beslissing enerzijds haar offerte als onregelmatig beschouwt want behept met een klaarblijkelijke abnormale prijs voor bepaalde eenheidsprijzen terwijl anderzijds de offertes van de andere inschrijvers als volstrekt regelmatig

worden beschouwd zonder enig verzoek tot prijsverantwoording en dit laatste op grond van een aantal hypothetische vooropstellingen die het verschil tussen raming en prijszetting geheel niet op draagkrachtige en afdoende wijze kunnen weerleggen en waarvan het bestaan in redelijkheid geen aanleiding heeft kunnen geven tot een dergelijke prijszetting in hoofde van de andere inschrijvers.

Beoordeling

5. In het auditoraatsverslag wordt wat het tweede middelonderdeel betreft besloten tot de gegrondheid ervan en wordt de vernietiging van de gunningsbeslissing voorgesteld.

Naar luid van artikel 30, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 14*quinquies* van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, wordt in een versnelde rechtspleging tot nietigverklaring voorzien indien noch de verwerende partij, noch degene die belang heeft bij de beslechting van het geschil, een verzoek tot voortzetting van de procedure indient binnen een termijn van dertig dagen die ingaat met de betekening van het verslag van de auditeur waarin de nietigverklaring wordt voorgesteld.

Verwerende partij heeft geen verzoek tot voortzetting van de procedure ingediend.

Er bestaat dan ook aanleiding om de gunningsbeslissing te vernietigen.

6. Na het gegrond bevinden van het tweede middelonderdeel wordt in het auditoraatsverslag besloten tot vernietiging van de gunningsbeslissing en de verwerping van het beroep voor het overige.

In haar laatste memorie schrijft verzoekende partij met betrekking tot het tweede middelonderdeel dat zij het auditoraatsverslag volledig

bijtreedt en betwist zij inhoudelijk de conclusie van de verwerping van het beroep voor het overige niet.

In de concrete omstandigheden van de zaak wordt daaruit afgeleid dat zij op dit punt niet meer aandringt.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het besluit van 18 december 2009 van het Vlaamse Gewest, agentschap Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen, tot gunning van de opdracht voor aanneming van diensten voor het reinigen van tunnels in district 413 (Eeklo) en 414 (Sint-Niklaas) in de provincie Oost-Vlaanderen aan de bvba Willer.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 24 april 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest