

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 220.444 van 10 augustus 2012

in de zaak A. 205.651/XII-7011

In zake: de NV ACLAGRO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ann Eeckhout
kantoor houdend te 9630 Zwalm
Zwalmlaan 8/1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Henry Van Burm
kantoor houdend te 9000 Gent
Cyriel Buyssestraat 12
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 19 juli 2012, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van:
- de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent van 5 juli 2012 waarbij de overheidsopdracht betreffende het uitvoeren van wegen-, spoor- en rioleringswerken in de Papegaaistraat, Annonciadenstraat en Gebroeders Vandeveldestraat te Gent wordt gegund aan de NV Wegebo;
 - de beslissing van ditzelfde college van dezelfde datum waarbij de offerte van de NV Aclagro onregelmatig wordt verklaard;
 - de impliciete beslissing om de desbetreffende overheidsopdracht niet aan de NV Aclagro toe te wijzen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 augustus 2012.

Staatsraad Bert Thys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ann Eeckhout, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Henry Van Burm, die verschijnt voor de 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 stad Gent, de Vlaamse Vervoermaatschappij “De Lijn” en de Tussengemeentelijke Maatschappij der Vlaanderen voor Watervoorziening (TMVW) sluiten op 3 mei 2011 een samenwerkingsovereenkomst betreffende “het uitvoeren van wegen-, riolerings- en spoorinfrastructuurwerken op de tramlijnen 21/22 voor het project PAG-as meer bepaald van Rozemarijnbrug tot Recollettenbrug te Gent: Papegaaistraat, Annonciadenstraat, Gebr. Vandeveldestraat”.

Met toepassing van artikel 19 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van

werken, leveringen en diensten (hierna: de wet van 24 december 1993) duiden de betrokken partijen de stad Gent aan om in hun gezamenlijke naam op te treden als leidinggevend bestuur bij de gunning van de opdracht en de uitvoering ervan.

3.2. Vervolgens schrijft de stad Gent een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken, met als voorwerp “[het] uitvoeren van wegen-, spoor- en rioleringswerken in de Papegaaistraat, de Annonciadenstraat en de Gebroeders Vandeveldestraat (PAG-as) te Gent”.

Deze opdracht wordt geraamd op 7.166.200,19 euro (btw niet inbegrepen) en zal worden gegund volgens de procedure van de openbare aanbesteding.

3.3. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 24 februari 2012 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 28 februari 2012. Een verbeteringsbericht wordt opgenomen in het Bulletin der Aanbestedingen van 4 april 2012 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 7 april 2012.

3.4. De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bestek nr. 09222/01/00/00.

3.5. Uit het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen van 19 april 2012 blijkt dat drie inschrijvers een offerte indienen:

- NV Heijmans Infra 4.767.511,31 euro;
- NV Wegebo 5.674.387,14 euro;
- NV Aclagro 4.539.410,56 euro.

3.6. De NV Aclagro stelt in haar offerte een verbetering voor, die zij als volgt verantwoordt:

“Op grond van artikel 96, § 2. Onder Hoofdstuk 1 – Algemene administratieve voorschriften, punt 2 – is het toegestaan wijzigingen aan te brengen aan de forfaitaire hoeveelheden.

Meerbepaald wensen wij hierbij nota te maken dat post 134 (FH M 370) – Meerprijs voor uitvoeren van een beschoeide sleuf met secanspalenwand t.o.v. de voorziene constructie in soilmixwanden (optioneel) – volgens onze studie onnodig is en wij deze hoeveelheid dan ook naar 0 hebben aangepast”.

3.7. Met een aangetekende brief van 25 mei 2012 vraagt de stad Gent aan de NV Aclagro om overeenkomstig artikel 110, §§ 3 en 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 (hierna: het koninklijk besluit van 8 januari 1996) een prijsverantwoording te geven voor de door haar opgegeven eenheidsprijs voor post 133 “Meerprijs voor het uitvoeren van een beschoeide sleuf met soilmix-wanden”.

Met een aangetekende brief van 5 juni 2012 geeft de NV Aclagro een verantwoording.

3.8. In het gunningsverslag van 25 juni 2012 wordt vooreerst vastgesteld dat alle inschrijvers voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria.

Vervolgens wordt de verbetering die door de NV Aclagro werd voorgesteld, niet aanvaard en het offertebedrag van deze inschrijver dienovereenkomstig verhoogd. Dit leidt tot de volgende offertebedragen na verbetering van de offertes:

1. NV Heijmans Infra	4.767.511,31 euro
2. NV Wegebo	5.674.387,14 euro
3. NV Aclagro	4.888.172,56 euro.

Bij de beoordeling van de regelmatigheid van de offertes wordt vastgesteld dat enkel de offerte van de NV Wegebo regelmatig is. De offertes van

de NV Heijmans Infra en de NV Aclagro worden daarentegen substantieel onregelmatig verklaard.

De offerte van de NV Aclagro wordt geweerd omdat deze inschrijver heeft ingeschreven met een uitvoeringstechniek die technisch niet conform is. Voorts wordt geoordeeld dat de door deze inschrijver opgegeven prijs voor post 133 geen besteksconforme uitvoering kan verantwoorden en abnormaal laag is.

Dienvolgens wordt de opdracht toegewezen aan de NV Wegebo.

3.9. Op 5 juli 2012 wordt het gunningsverslag van 25 juni 2012 goedgekeurd door het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent en wordt de opdracht gegund aan de NV Wegebo voor een bedrag van 5.674.387,14 euro (btw niet inbegrepen).

Het desbetreffende collegebesluit van 5 juli 2012 houdt zowel de eerste als de tweede bestreden beslissing in. De verzoekende partij onderkent in dat besluit tevens de derde bestreden beslissing.

3.10. Met een aangetekende brief van 6 juli 2012 wordt aan de NV Aclagro meegedeeld dat haar offerte werd geweerd omwille van een substantiële onregelmatigheid en wordt aan deze inschrijver een kopie bezorgd van de gunningsbeslissing van 5 juli 2012 en van het gunningsverslag van 25 juni 2012.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4. 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 vernietiging van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Evenwel is te dezen 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, van toepassing.

Krachtens het in de wet 24 december 1993 nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, de verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

A. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert in het middel de schending aan van artikel 110, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en van de bepalingen van het bijzonder bestek nr. 09222/01/00/00, in het bijzonder post 133, evenals de schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het beginsel “patere legem quam ipse fecisti”, het zorgvuldigheidsbeginsel

en de motiveringsplicht, en de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, en van de formele en de materiële motiveringsplicht.

De verzoekende partij betoogt dat de verwerende partij ten onrechte haar offerte substantieel onregelmatig heeft verklaard omdat ze zou afwijken van de technische bepalingen die zijn verwoord in post 133 van het bijzonder bestek nr. 09222/01/00/00. Volgens de verzoekende partij diende overeenkomstig het bestek niet in een “gewapende” wand te worden voorzien, maar wel in een “geschoorde” wand. Door in het gunningsverslag en de gunningsbeslissing finaal toch een gewapende wand te eisen, schendt de verwerende partij haar eigen besteksbepalingen. Aangezien de offerte van de verzoekende partij voorziet in de uitvoering van een ongewapende, maar geschoorde soilmixwand, is deze offerte wel degelijk besteksconform.

Indien dit laatste voor de verwerende partij niet duidelijk was op basis van de door de verzoekende partij ingediende prijsverantwoording, dan had zij de verzoekende partij in toepassing van artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 kunnen herbevragen. Dit was volgens de verzoekende partij aangewezen omdat de verwerende partij in de motivering van de bestreden beslissing uitgaat van een aantal veronderstellingen. Door zonder meer haar “foute veronderstellingen” als waar aan te nemen en geen nadere uitleg te vragen aan de verzoekende partij, heeft de verwerende partij een fout begaan, is zij onzorgvuldig opgetreden en werden de rechten van de verzoekende partij miskend.

Beoordeling

6. Artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt:

“Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als

onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”.

Luidens artikel 89, derde lid, van ditzelfde koninklijk besluit omvatten de essentiële voorwaarden van de opdracht onder meer “prijzen, termijnen, technische specificaties”.

7. Artikel 110, § 2, maakt aldus een onderscheid tussen de gevallen waarin de inschrijvingen nietig zijn – dit is de substantiële onregelmatigheid – omdat ze afwijken van de voornaamste bepalingen van het bestek, onder meer die welke betrekking hebben op de prijzen, de termijnen en de technische specificaties, en de gevallen van betrekkelijke nietigheid – de relatieve onregelmatigheid –, waarin het bestuur de mogelijkheid heeft om de inschrijvingen als nietig te beschouwen. De vraag of een bepaling van het bestek essentieel is, namelijk dermate belangrijk dat de afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg moet hebben dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, moet in concreto in elk geval afzonderlijk in het licht van het dossier worden beantwoord. Het staat in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om vast te stellen of de afwijking al dan niet een essentiële besteksbeeping betreft. Indien een offerte substantieel onregelmatig is, omdat ze een afwijking bevat van een essentiële besteksbeeping, moet het bestuur die offerte buiten beschouwing laten. Ter zake beschikt het niet over een discretionaire bevoegdheid. Indien de offerte daarentegen enkel relatieve onregelmatigheden bevat, is de aanbestedende overheid vrij om de offerte al dan niet als onregelmatig te weren, zij het dat deze beoordelingsbevoegdheid steeds in het licht van de concrete, beschikbare gegevens moet worden uitgeoefend. In het ene en het andere geval moet de beoordeling uitgaan van aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek.

Een afwijking van het bestek die de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes in gedrang brengt, lijkt alleszins te leiden tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte.

8. De verzoekende partij laat in het middel in essentie gelden dat de verwerende partij haar offerte ten onrechte substantieel onregelmatig heeft verklaard omdat ze zou afwijken van de technische bepalingen van het bestek met betrekking tot post 133. Volgens de verzoekende partij was haar offerte, waarin zij voorziet in een uitvoering met een ongewapende geschoorde soilmixwand, wel degelijk besteksconform. Indien dit voor de verwerende partij niet duidelijk was op basis van de ingediende prijsverantwoording, dan had zij de verzoekende partij met toepassing van artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 moeten herbevragen.

9. Te dezen bepaalt het toepasselijke bestek nr. 09222/01/00/00:

“1.1.2.8.A. Meerprijs voor uitvoeren van een beschoeide sleuf met soilmixwand ter hoogte van de Papegaaistraat

Teneinde de verontreinigde grond/ontgraving op een veilige manier voor de uitvoerders en de aangrenzende gebouwen en omgeving te kunnen ontgraven zal een stabiele bouwput dienen gerealiseerd te worden d.m.v. een soilmixwand.

Door het aaneensluiten van de soilmixpanelen ontstaat een doorlopende wand. Deze wand wordt gebruikt als grondkerende en waterdichte beschoeiing. De soilmixwand moet toelaten om bij een grondwaterverlaging binnen de kuip, de invloed van deze grondwaterverlaging op de grondwaterstand aan de buitenkant te minimaliseren.

De aannemer zal aan de buitenkant van de waterdichte kuip een tiental piëzometrische putten voorzien waarin de grondwaterstand aan de buitenkant kan opgevolgd worden. Dagelijks zal die grondwaterstand door de aannemer opgemeten worden en genoteerd in een logboek.

De inschrijver erkent door zijn inschrijving dat de grondkerende constructie uitvoerbaar en technisch verantwoord is.

Een waterdichte wand wordt gevormd door soilmixwand.

De werken omvatten :

- de voorbereidende werken (specifieke plaatsbeschrijvingen, werfinstallaties, uitzetten inplanting, eventuele voorlopige werken, ...);
- het aanbrengen, de opstelling, het verplaatsen en het onderhouden van het benodigde materiaal;

- het aanbrengen en uitvoeren van de boormallen (incl. eventuele bekisting);
- het uitvoeren van de wand (graven, mengen, wapening plaatsen, ...);
- na uitvoering van de palen het afbreken van de geleidingsbalk en het opruimen van alle betonresten;
- het afkappen van de palen tot aan het vereiste peil zoals aangeduid op plan;
- bescherming van de paalkoppen;
- het demonteren en verwijderen van het materieel na de werken.

De soilmixpanelen kunnen trillingsvrij, zonder grondverdringing en zonder grondontspanning aangebracht worden.

Eerst worden de primaire moten uitgevoerd. Na voldoende uitharden worden de secundaire moten uitgevoerd. De krachten welke door de grond- en waterdrukken op de wand worden uitgeoefend worden opgevangen door de gewapende wanden.

De insnijding van de secundaire moten in de primaire moten bedraagt ca. 10% van de mootlengte. Er moet voor worden gezorgd dat de voerbuis bij de uitvoering van de secundaire moten zeer goed geleid wordt zodat de insnijding in de primaire moten over de ganse hoogte kan worden gerealiseerd. De afwijking van de moot ten opzichte van de verticale zal kleiner zijn dan 0,5%.

Deze soilmixwand zal de nodige stijfheid bezitten om de naastliggende gebouwen van alle schade te vrijwaren. Indien de stijfheid niet kan gerealiseerd worden met een autostabiele soilmixwand dan zal de aannemer een horizontale ondersteuning door middel van stempels of grondankers moeten voorzien.

Autostabiele soilmixwanden zullen in bijna alle gevallen niet kunnen toegepast worden in de nabijheid van gebouwen of belangrijke constructies (tenzij de plannen dit anders vermelden).

De soilmixwand zal in ieder geval volledig trillingsvrij uitgevoerd worden en de grond zal op geen enkele wijze worden ontspannen.

De lengte, breedte en de diepte van de soilmixpanelen zijn te bepalen door de uitvoerder.

De uitvoerder zal, alvorens de uitvoering aan te vatten (minimum 5 werkdagen), alle nodige uitvoeringsplannen en berekeningsnota's ter goedkeuring voorleggen aan het studiebureau en de opdrachtgever. Hij zal hierbij rekening houden met de aard van de grond, sonderingen, gronddrukken, vervormbaarheid van de wand, de belastingen achter de grondkerende constructie, de niveaus van de bestaande en de nieuwe toestand, enz.

In elk geval zal er voor de diepte van de wand een minimum van 12 meter aangehouden blijven.

Vóór uitvoering der werken is een éénduidige rekennota ter controle voor te leggen aan het studiebureau en de opdrachtgever. Deze omvat minimaal volgende zaken:

- (a) uitgewerkte rekennota van de in aanmerking genomen belastingen (bv. beschouwde overlasten).
- (b) figuur van de grondkerende constructie met aanduiding van o.a. mootlengte, mootbreedte, wapening palen, grondpeil voor en achter de grondkerende constructie, grondwaterniveau, bovenbelasting, niveau verankering, ... en dit voor alle fasen van de uitvoering, ...
- (c) sterktecontrole van de in de grondkerende constructie (wapeningscontrole)
- (d) vervormingscontrole van de soilmixwand op de kritieke plaatsen
- (e) in geval van verankerde soilmixwand omvat de rekennota bijkomend volgende gegevens:
 - (d.1) type verankering
 - (d.2) controleberekening van de verankering. Voor verankerde wanden met ankers zijn te vermelden: alle karakteristieken van de ankers zoals lengte anker (tot in de as van de wortel), wortellengte, vrije lengte, hellingshoek, ... Voor veranderde wanden met stempels zijn te vermelden: karakteristieken van de stempels, lengte van de stempels, ...
 - (d.3) verduidelijkende figuur op schaal met aanduiding van de positionering van de verankering zowel in grondplan als in dwarsdoorsnede
 - (d.4) controle berekening van de gordingen

Het studiebureau kan te allen tijde bijkomende technische specificaties aan de uitvoerder opvragen.

Autostabiele soilmixwandwand: Maximum uitwijking aan de top van de wand = 3 cm.

Geschoorde soilmixwandwand: Maximum uitwijking t.p.v. naastliggende fundering = 1 cm
Maximum uitwijking halverwege de wand = 2 cm.

De moeilijkheden die de aannemer kan ondervinden door aanwezigheid van puin, stenen, enz. worden verondersteld in zijn eenheidsprijzen inbegrepen te zijn en zijn ten laste van de aannemer.

Levering, plaatsing, onderhoud en verwijderen zijn inbegrepen in de eenheidsprijs. Alle aan- en afvoer van materieel is in de prijs inbegrepen.

Optredende schade aan omliggende gebouwen of constructie en/of wegenis zijn ten laste van de aannemer.

Bijkomende bepalingen:

- De gegevens van een uitgebreid vooronderzoek van de bestaande toestand, uitgevoerd door de bouwheer, zijn toegevoegd aan het dossier en dienen voor de aannemer als basis voor de uit te voeren soilmixwand.
- Overeenkomstig het veiligheids- & gezondheidsplan, zoals opgemaakt door de veiligheidscoördinator-ontwerp en gevoegd bij het bijzonder bestek. Alle richtlijnen terzake en concrete aanwijzingen van de veiligheidscoördinator-verwezenlijking zullen nauwkeurig worden opgevolgd.
- Men dient alle nodige voorzorgen te nemen teneinde de werken uit te voeren zonder schade te berokkenen aan de omliggende eigendommen; tevens dient de aannemer zich door middel van een speciale polis te verzekeren tegen abnormale burenhinder en alle foutloze schade die ten laste kan gelegd worden van de bouwheer (artikel 544 van het burgerlijk wetboek); deze polis dient voor de aanvang van de werken voorgelegd te worden aan de bouwheer, de architect en de ingenieur
- De aannemer is volledig aansprakelijk voor alle schade aan gelijk welke constructie ten gevolge van het uitvoeren van de palenwand. Hij zal hiertoe de plaatselijke grondsamenstellingen, aangrenzende bouwwerken en vochthuishouding in acht nemen. In geen geval kan het Bestuur verantwoordelijk gesteld worden voor gebeurlijke schade aan omliggende eigendommen, ten gevolge van de werken.

Bijkomende specifieke bepalingen:

- De wanden dienen aan te sluiten op de inkuiping reeds uitgevoerd tijdens voorgaande fase – project Rozemarijnbrug. Eveneens dient er een deel van deze inkuiping afgebroken te worden om de aansluiting te verwezenlijken. Er dient op toegezien te worden dat de reeds vernieuwde te behouden rioleringen niet beschadigd worden tijdens de uitvoering van deze wand, en dat de wand aansluitend aangewerkt wordt rond deze riolering. Hiervoor wordt een afzonderlijke post voorzien in de meetstaat.

Werfinstallatie

- Omvat de volledige werfinstallatie voor uitvoering van de soilmixwand, d.w.z.: ter plaatse brengen van de vereiste machines en materiaal; aanvoer en stockeren van grondstoffen; de controle van de ondergrond (nazicht t.o.v. gegevens van de diepsonderingen) bij het plaatsen van de eerste paal; het afvoeren van alle machines en afval; het eventueel beschermen van kabels en leidingen, zowel bovengrondse als ondergrondse; bij twijfel dient een leidingenplan opgevraagd te worden bij de desbetreffende diensten. Indien de toestand van het terrein dit vereist zal de aannemer werken op verdeelschotten om de stabiliteit van de paalmachine te verzekeren.

Meting:

- meeteenheid: lopende m. De aannemer dient er bij de prijsopgave rekening mee te houden dat de wand minimum tot een diepte van 12 m wordt uitgevoerd, er worden geen verrekeningen toegestaan indien op

basis van de studie uitgevoerd door de aannemer blijkt dat een hogere diepte dient uitgevoerd te worden.

- meetcode: netto lengte van de wand, levering en plaatsing van alle onderdelen inbegrepen

- aard van de overeenkomst: Forfaitaire hoeveelheid”.

10. In het gunningsverslag wordt de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig verklaard wegens afwijking van de voormelde technische besteksbepalingen op grond van de volgende motivering:

“- Offerte nr.: 3 van Aclagro NV

(4) Voor post 133 werd een schijnbaar abnormaal lage prijs opgegeven door Aclagro NV. Naar aanleiding daarvan werd prijsverantwoording gevraagd. Daaruit blijkt dat Aclagro NV ingeschreven heeft met een uitvoeringstechniek die technisch niet conform is. (Meer toelichting over het prijsonderzoek en de prijsverantwoording hieronder bij punt H prijsonderzoek).

In het bestek onder hoofdstuk 7 1.1.2.8.A ‘Meerprijs voor uitvoeren beschoeide sleuf met soilmixwand ter hoogte van de Papegaaistraat’ staat ‘De krachten welke door de grond- en waterdrukken op de wanden worden uitgeoefend worden opgevangen door de gewapende wanden.’. Verderop voorziet het bestek in volgende clausule: ‘Deze soilmixwand zal de nodige stijfheid bezitten om de naastliggende gebouwen van alle schade te vrijwaren. Indien de stijfheid niet kan gerealiseerd worden met een autostabiele soilmixwand dan zal de aannemer een horizontale ondersteuning door middel van stempels of grondankers moeten voorzien. Autostabiele soilmixwanden zullen in bijna alle gevallen niet kunnen toegepast worden in de nabijheid van gebouwen of belangrijke constructies (tenzij de plannen dit anders vermelden).’. Gezien de plannen dit i.c. niet anders vermelden en de wanden in de nabijheid van gebouwen geplaatst worden, zal een horizontale ondersteuning i.c. bijgevolg zeker nodig zijn. Bij de prijsverantwoording wordt de offerte van onderaannemer Soiltech overgenomen. Hierop wordt 10 % AOW toegepast en worden verder een aantal andere bedragen in min in rekening gebracht. Bijgevolg dient er van uitgegaan te worden dat er zeker geen extra elementen zullen voorzien worden door Aclagro die niet in de offerte van de onderaannemer Soiltech begrepen zijn. De offerte van onderaannemer Soiltech vermeldt expliciet dat de aangeboden prijs geldt voor het aanbrengen van een ongewapende CSM-wand en dat de afschoring door Aclagro te voorzien is. Van een ongewapende soilmixwand kan geen gewapende soilmixwand gemaakt worden en Aclagro telt geen bedragen bij de offerteprijs van de onderaannemer voor afschoring en lijkt dus niet in afschoring te voorzien. We kunnen dan ook concluderen dat Aclagro heeft ingeschreven met een ongewapende, ongeschoorde soilmixwand.

De offerte wijkt dus af van een technische specificatie. Bovendien gaat het om een belangrijke post (gemiddelde inschrijfprijs vertegenwoordigt 7,45% van het gemiddelde van de totaalprijzen van de inschrijvers). De aanvaarding van de offerte van Aclagro die dus afwijkt van een technische bepaling, zou de vergelijkbaarheid van de offertes en de gelijkheid tussen de inschrijvers in het gedrang kunnen brengen. Daarom wordt de offerte als substantieel onregelmatig aanzien. De offerte is dus nietig”.

11. In de huidige stand van de rechtspleging dient te worden opgemerkt dat het onderzoek van het middel de interpretatie vergt van een aantal technische besteksbepalingen en dat een dergelijk technisch middel in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid pas tot schorsing kan leiden wanneer de ernst ervan al blijkt op grond van een snel en zeer prima facie onderzoek.

Voorts staat het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid en niet aan de Raad van State om te beoordelen of een offerte beantwoordt aan besteksbepalingen, zij het dat de Raad van State vermag na te gaan of die beoordeling steunt op in rechte aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek en of daarbij de perken van de redelijkheid niet zijn overschreden.

12. Op het eerste gezicht toont de verzoekende partij niet aan dat de verwerende partij bij de vaststelling dat haar offerte afwijkt van de hiervóór aangehaalde besteksbepalingen, onzorgvuldig zou zijn opgetreden, zich zou steunen op ondeugdelijke motieven of de grenzen van de redelijkheid te buiten zou zijn gegaan.

De verzoekende partij erkent dat zij in haar offerte niet in gewapende wanden heeft voorzien, maar zij voert aan dat de desbetreffende besteksbepalingen geen wapening voorschrijven.

Prima facie lijken de voormelde besteksbepalingen evenwel wel degelijk gewapende wanden te vereisen. Zo wordt onder de opsomming van de uit

te voeren werken bij de uitvoering van de wand uitdrukkelijk het plaatsen van wapening vermeld. Voorts wordt in deze besteksbepalingen opgemerkt dat de krachten welke door de grond- en waterdrukken op de wand worden uitgeoefend, worden opgevangen door “de gewapende wanden”. Daarenboven leggen deze besteksbepalingen ook een wapeningscontrole op.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij voorhoudt, bevestigen het bestek en het gunningsverslag op het eerste gezicht weliswaar dat autostabiele wanden in de nabijheid van gebouwen uitgesloten zijn, maar niet dat in dat geval niet in wapening dient te worden voorzien.

Het uitgangspunt van de verzoekende partij dat indien geen autostabiele soilmixwand kan worden toegepast, niet in wapening dient te worden voorzien, ontbeert dan ook de vereiste graad van ernst.

13. Ten overvloede, indien met de verzoekende partij zou worden aangenomen dat het bestek ongewapende wanden toelaat ingeval geen toepassing kan worden gemaakt van autostabiele soilmixwanden, dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat het plaatsen van een geschoorde soilmixwand overeenkomstig het bestek impliceert dat een horizontale ondersteuning door middel van stempels of grondankers vereist is. Het bestek bepaalt immers dat de soilmixwand de nodige stijfheid dient te bezitten om de naastliggende gebouwen van alle schade te vrijwaren en dat, indien de stijfheid niet kan worden gerealiseerd met een autostabiele soilmixwand, de aannemer dient te voorzien in “een horizontale ondersteuning door middel van stempels of grondankers”.

De verzoekende partij toont niet aan dat uit haar offerte en prijsverantwoording blijkt dat zij heeft voorzien in geschoorde soilmixwanden in de zin zoals omschreven in het bestek en dat haar offerte zou voldoen aan dit besteksevereiste. Uit het loutere feit dat zij in haar meetstaat de omschrijving van post 133 uit het bestek herneemt en aldus melding maakt van “een beschoeide

sleuf met soilmixwanden”, lijkt alvast niet te kunnen worden besloten dat de offerte van de verzoekende partij op dit punt besteksconform is.

In de huidige stand van de rechtspleging liggen ook geen gegevens voor die aantonen dat de zogenaamde “sleuvenbak” waarnaar de verzoekende partij in haar prijsverantwoording verwijst, beantwoordt aan het vereiste van een “geschoorde soilmixwand” in de zin zoals omschreven in het bestek.

14. Met de verwerende partij lijkt te moeten worden aangenomen dat deze afwijking van de technische besteksbepalingen met betrekking tot een belangrijke post in de aanneming, de vergelijkbaarheid van de offertes en de gelijkheid tussen de inschrijvers in het gedrang kan brengen. De verwerende partij vermocht dienvolgens in redelijkheid te besluiten dat de offerte van de verzoekende partij als substantieel onregelmatig dient te worden beschouwd.

15. Wat de argumentatie van de verzoekende partij betreft dat de verwerende partij haar een verduidelijking of bevestiging had kunnen vragen, dient het volgende te worden vastgesteld.

Luidens artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, waarvan de verzoekende partij de schending inroept, dient de aanbestedende overheid, vooraleer zij een offerte afwijst, wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, de betrokken inschrijver per aangetekende brief te verzoeken hierover de nodige schriftelijke verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt. Deze bepaling is evenwel niet van toepassing in geval van onregelmatigverklaring wegens afwijking van technische besteksbepalingen.

De verzoekende partij wijst voorts geen andere wettelijke of reglementaire bepalingen aan op grond waarvan een aanbestedende overheid een

inschrijver wiens offerte substantieel onregelmatig is bevonden wegens afwijking van technische besteksbepalingen, daaromtrent moet raadplegen.

Ten slotte blijkt in de huidige stand van de rechtspleging uit niets dat de verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissingen zou zijn uitgegaan van “foute veronderstellingen”. Het standpunt van de verzoekende partij dat de verwerende partij onzorgvuldig heeft gehandeld en haar rechten heeft miskend door haar geen nadere uitleg te vragen, kan dan ook niet worden bijgevalen.

16. Het tweede middel is niet ernstig.

B. Eerste en derde middel

Uiteenzetting van de middelen

17. In het eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 96, § 2, artikel 112, § 1, en artikel 112, § 1, 2°, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, evenals de schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het zorgvuldigheidsbeginsel, de formele en de materiële motiveringsplicht, en de schending van artikel 15 van de wet van 24 december 1993.

Zij betoogt, samengevat, dat zij volkomen terecht de forfaitaire hoeveelheid van post 134 heeft verbeterd van 370 m in 0 m, dat de verwerende partij onvoldoende onderzoek heeft gevoerd met betrekking tot de voorgestelde verbetering, dat de conclusies van dat onderzoek hoe dan ook niet deugdelijk zijn en geleid hebben tot een foutieve rangschikking van de inschrijvers, terwijl de verzoekende partij de laagste regelmatige inschrijver was.

18. In het derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993, artikel 110, §§ 2 en 3, van het

koninklijk besluit van 8 januari 1996, evenals de schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het zorgvuldigheidsbeginsel en de motiveringsplicht.

De verzoekende partij betwist dat de door haar opgegeven prijs abnormaal laag zou zijn en een besteksconforme uitvoering van de opdracht niet zou kunnen verantwoorden.

Beoordeling

19. Bij de beoordeling van het tweede middel is vastgesteld dat de verwerende partij in redelijkheid heeft kunnen oordelen dat de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig is, omdat ze een afwijking bevat van een essentiële besteksbeplating. Ingevolge deze substantiële onregelmatigheid diende de verwerende partij deze offerte buiten beschouwing te laten.

De verzoekende partij heeft dienvolgens geen belang bij haar derde middel, dat betrekking heeft op de onregelmatigverklaring van haar offerte wegens abnormale prijzen, aangezien dit middel slechts kritiek levert op een overtollig motief van de onregelmatigverklaring.

Als onregelmatige inschrijver heeft de verzoekende partij bovendien geen belang bij het eerste middel waarin zij aanvoert dat de verwerende partij de voorgestelde verbetering van de forfaitaire hoeveelheden voor post 134 ten onrechte niet zou hebben aanvaard. Een inschrijver van wie de offerte onregelmatig is verklaard, heeft er immers in principe geen belang bij om de toewijzing van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten, tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard – wat te dezen niet het geval is – of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen – wat de verzoeker te dezen niet aanvoert.

In de huidige stand van de rechtspleging wordt derhalve tot de onontvankelijkheid van het eerste en het derde middel besloten.

20. Uit wat voorafgaat volgt dat geen van de aangevoerde middelen ernstig is. Deze vaststelling volstaat om de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te verwerpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van tien augustus 2012, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Bert Thys,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Astrid Truyens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Astrid Truyens

Bert Thys