

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 220.813 van 2 oktober 2012  
in de zaak A. 201.563/XII-6680**

In zake: de NV BECKERS  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Ria Hens  
kantoor houdend te 2000 Antwerpen  
Amerikalei 191  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Kris Wauters  
kantoor houdend te 3500 Hasselt  
Gouverneur Roppesingel 131  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van het beroep*

1. Het beroep, ingesteld op 26 augustus 2011, strekt tot de  
nietigverklaring van

- “- de beslissing van het agentschap Wegen en Verkeer Antwerpen met ongekende datum (dan wel 1 juni 2011) de opdracht ‘R10 Antwerpen: Afvoer gronden ‘Konijnenwei’ Bestek: 1M3D8E/10/25 toe te wijzen aan Herbosch-Kiere nv [...].
- de impliciete beslissing van het agentschap Wegen en Verkeer Antwerpen met ongekende datum (dan wel 1 juni 2011) de opdracht [...] niet toe te kennen aan [de nv Beckers]”.

## *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 25 september 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ria Hens, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Jo Rams, die loco advocaat Kris Wauters 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. Verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit waarvan het voorwerp in het bestek met nummer 1M3D8E/10/25 als volgt wordt omschreven:

“Heraanleggen in de oorspronkelijke staat van een deel van het terrein gelegen in het afrittencomplex Antwerpen-centrum, meer bepaald binnen de aansluitingslus van de ring met de binnensingel.  
Dit terrein staat in de volksmond gekend als de ‘konijnenwei’.

De aanneming bevat hoofdzakelijk:

- het zeven van de gestapelde grond
- het laden van de gezeefde grond, het vervoer ervan en het lossen op de plaats van bestemming (eventueel TOP)
- het laden van de afgezeefde restmaterialen, het vervoer en het lossen op de plaats van bestemming (eventueel stort)
- het losmaken van de bodem over de ganse oppervlakte van de huidige stapelplaats tot een diepte van 50 cm.
- het inzaaien van deze losgemaakte zone
- diensten van de grondverzetcoördinator”.

3.2. De offertes worden geopend op 24 februari 2011. Elf offertes worden ingediend waarbij de offerte van de nv Hens de laagste is met 525.800,66 euro, die van verzoekende partij de tweede laagste met 604.846,94 euro en de offerte van de nv Herbosch-Kiere de derde laagste met 841.736,50 euro – alle bedragen btw inbegrepen.

3.3. Met brieven van 14 maart 2011 verzoekt verwerende partij de voormelde drie laagste inschrijvers met toepassing van artikel 110, § 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 (hierna: het koninklijk besluit van 8 januari 1996) de eenheidsprijs van post 3 (“Afgraving vlgns IV-2.1.2.1, met verwijdering vr gebruik buiten werf (na zeping) ongeacht bestemming, afstand,...”) gedetailleerd te verantwoorden en vermeldt hierbij:

“Het moet voor de aanbestedende overheid zeer duidelijk zijn welke bestemming aan de afgevoerde bodem zal gegeven worden en in welke mate deze in overeenstemming is met de milieuhygiënische kenmerken. Die verantwoording mag enkel gebaseerd zijn op objectieve factoren.”

3.4. Met brief van 24 maart 2011 antwoordt de nv Hens dat zij niet met de uitvoering van de werken wenst te worden belast aangezien zij de factor winst verkeerdelijk in min heeft gebracht.

3.5. Met brief van 23 maart 2011 antwoordt verzoekende partij als volgt:

“Wij hebben onze prijsberekening hermaakt en bevestigen u formeel dat wij de werken kunnen uitvoeren aan de door ons ingediende eenheidsprijzen.

Wij hebben voor post 3 ‘afgraving vlgns IV-2.1.2.1, met verwijdering voor gebruik buiten de werf (na zeping) ongeacht bestemming, afstand...’ een concurrentiële prijs kunnen aanbieden aangezien wij het af te voeren zand dat voldoet als bouwkundig bodemgebruik conform Vlarebo kunnen herbruiken in een ander project gelegen in de Antwerpse regio. Wij kunnen de uitgegraven bodem aldaar gratis herbruiken in een toepassing die voldoet als bouwkundig bodemgebruik rekening houdend met de voorziene toepassingshoogtes.

Hiervolgend vindt u onze prijsberekening:

Kostprijs voor het laden:

Inzet kraan: 8 u à 77 €/u = 616 €/dag

Laden gemiddeld per dag: 1000 m<sup>3</sup>

Kostprijs laden = 0,616 €/m<sup>3</sup>

Kostprijs voor het transport Antwerpse regio

Inzet van vrachtwagens trekker-oplegger: +/- 13 per dag

Inzet vrachtwagen: 9,5 u à 67 €/u = 636,5 €/dag

Vrachtwagen transport 5 ritten per dag aan 15m<sup>3</sup>/rit = 75 m<sup>3</sup>/dag

Kostprijs per m<sup>3</sup> transport: 636,5 €/75 m<sup>3</sup> = 8,48 €/m<sup>3</sup>

Kostprijs voor het bekomen van bodembeheerrapport(en) Grondbank vzw en administratieve opvolging

0,165 €/m<sup>3</sup>

Totale kost: 0,616 €/m<sup>3</sup> + 8,48 €/m<sup>3</sup> + 0,165 €/m<sup>3</sup> = 9,261 €/m<sup>3</sup>

Algemene kost + winst: 17% = 1,574 €/m<sup>3</sup>

Totale verkoopprijs: 10,84 €/m<sup>3</sup>”.

3.6. In een nota van 29 april 2011 van de afdeling Algemene Technische Ondersteuning van het departement Mobiliteit en Openbare Werken aan het agentschap Wegen en Verkeer Antwerpen wordt gesteld dat post 3 een

aandeel van 82 % heeft in de aanneming en dit op basis van de gemiddelde eenheidsprijs. De afwijking van de eenheidsprijzen voor die post ten opzichte van de gemiddelde eenheidsprijs bedraagt -62,2 %, -54,4 % en -17,8 % voor respectievelijk de offertes van nv Hens, de nv Beckers en de nv Herbosch-Kiere. Vervolgens worden een aantal opmerkingen geformuleerd over de prijsverantwoording waarbij onder meer wordt opgemerkt dat bepaalde prijselementen niet realistisch ingeschat zijn en verzoekende partij karige informatie geeft in verband met de herbestemming van de bodem. Er wordt geconcludeerd dat het aangegeven is de offerte van verzoekende partij nietig te verklaren op basis van een abnormaal lage eenheidsprijs voor post 3.

3.7. In de gemotiveerde gunningsbeslissing van 9 mei 2011 wordt de opdracht toegewezen aan de nv Herbosch-Kiere voor een bedrag van 841.736,50 euro btw inbegrepen die het “laagste regelmatige aanbod” heeft gedaan.

Er wordt vastgesteld dat alle offertes regelmatig zijn. Ten aanzien van de verantwoording van verzoekende partij wordt het volgende opgemerkt:

“- ontbreken van concrete bestemming post 3, niettegenstaande verzoek tot prijsverantwoording daarom expliciet verzocht;  
- prijsonderbouwing post 3 bevat aannames die door de aanbestedende overheid als niet realistisch worden beschouwd”.

3.8. Met brief van 28 juni 2011 wordt aan verzoekende partij gemeld dat haar offerte niet is gekozen; de gunningsbeslissing wordt in bijlage gevoegd.

#### *IV. Regelmatigheid van de rechtspleging*

4. Verzoekende partij merkt in haar memorie van wederantwoord op dat het administratief dossier bestaat uit 18 stukken terwijl de inventaris slechts 17 stukken vermeldt, stuk 18 is er niet op vermeld. Dit is volgens verzoekende partij “in strijd met de rechten van verdediging en moet worden gelaakt”. “Het stuk 18 dient uit de debatten te worden geweerd.”

## *Beoordeling*

5. Artikel 86, tweede lid, van het procedurereglement schrijft voor dat het administratief dossier aan de Raad van State wordt bezorgd met een inventaris van de stukken waaruit het is samengesteld. Voor een schending van deze bepaling is niet in een uitdrukkelijke sanctie voorzien. Verzoekende partij toont niet aan dat haar rechten van verdediging zijn geschonden nu zij de gelegenheid heeft gehad van alle stukken van het administratief dossier kennis te nemen en passende opmerkingen erover te maken. Stuk 18 wordt niet uit de debatten geweerd.

### *V. Onderzoek van de middelen*

#### *A. Eerste middel*

#### *Uiteenzetting van het middel*

6. Verzoekende partij voert de schending aan 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), met name artikel 15, artikel 65/4, artikel 65/5, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, met name artikel 110, §3 en §4, van het gelijkheidsbeginsel zoals gewaarborgd door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

7.1. In een eerste onderdeel merkt verzoekende partij op dat overeenkomstig artikel 15 van de wet van 24 december 1993 bij een openbare aanbesteding de opdracht dient te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende. In de gemotiveerde gunningsbeslissing staat dat alle offertes regelmatig zijn en dat het laagste regelmatige aanbod uitgaat van

de nv Herbosch-Kiere. Verzoekende partij heeft nochtans lager ingeschreven dan deze inschrijver. De laagste regelmatige inschrijver is derhalve verzoekende partij. In elk geval is de bestreden beslissing behept met tegenstrijdigheden en/of vergissingen zodat geenszins is voldaan aan de motiveringsplicht.

7.2. In een tweede onderdeel voert verzoekende partij aan dat overeenkomstig artikel 65/5 van de wet van 24 december 1993 enerzijds de namen van de inschrijvers van wie de offerte onregelmatig is bevonden, dan wel de namen van de inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en anderzijds de juridische en feitelijke motieven van het weren van een offerte dan wel van het niet kiezen van een offerte, dienen te worden meegedeeld in de gemotiveerde gunningsbeslissing. In de bestreden gunningsbeslissing wordt in het besluit uitdrukkelijk bepaald dat geen enkele offerte onregelmatig is.

Voorts merkt zij op dat de beslissing tegenstrijdigheden bevat. Het is niet duidelijk op basis van welke gronden, zowel in feite als in rechte, de opdracht niet aan verzoekende partij werd toegewezen.

7.3. In het derde onderdeel voert verzoekende partij in de eerste plaats aan dat uit de gunningsbeslissing bij de toepassing van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 niet blijkt dat het bedrag van de offerte van verzoekende partij minstens 15 % onder het gemiddelde bedrag zou liggen.

Voorts vermeldt de gunningsbeslissing niet, alleszins niet op afdoende wijze, de juridische en feitelijke motieven voor de wering van de offerte van verzoekende partij. In de beslissing is de redengeving beperkt tot een vage en algemene motivering namelijk het ontbreken van de concrete bestemming van de grond bij post 3 en het feit dat de prijsonderbouwing bij verzoekende partij aannames bevat die niet als realistisch worden beschouwd.

7.4. In een vierde onderdeel herhaalt verzoekende partij dat in de bestreden beslissing de redengeving beperkt is tot een vage en algemene motivering.

Wat de zogenaamde niet realistische aannames betreft verwijst verzoekende partij naar haar prijsverantwoording waarin zij volgens haar een volstrekt realistische prijsonderbouwing heeft opgenomen. De af te graven grond werd door verwerende partij zelf vrij voor gebruik verklaard zodat verzoekende partij die mocht behandelen als voor bouwkundig bodemgebruik buiten de kadastrale werkzone. Verzoekende partij heeft in haar prijsverantwoording opgemerkt dat zij de uitgegraven grond gratis kon hergebruiken in een ander project gelegen in de Antwerpse regio. Aldus heeft verzoekende partij ook medegedeeld waar de grond zou worden gebruikt.

Uit deze redengeving in de bestreden beslissing kan verzoekende partij helemaal niet afleiden wat de reden is voor haar onregelmatigverklaring.

7.5. In haar memorie van wederantwoord repliceert verzoekende partij op het verweer dat de “Antwerpse regio” geen concrete bestemming is. In de vraag tot prijsverantwoording was enkel opgenomen dat duidelijk diende te worden aangegeven welke bestemming aan de grond zou worden gegeven. In haar prijsverantwoording heeft verzoekende partij dit duidelijk gemaakt.

Voorts wijst zij erop dat haar prijsverantwoording realistische aannames bevat; het verschil tussen haar prijs en het gemiddelde is gelegen in het hergebruiken van de grond; bij verzoekende partij is dit gratis omdat zij in de mogelijkheid is de grond gratis te storten in de Antwerpse regio; ter adstructie brengt verzoekende partij aan dat verwerende partij zelf een vergoeding betaalt voor het ontvangen van grond voor een project te Brecht. Dit beduidt dat verwerende partij enerzijds betaalt voor het weghalen van grond en anderzijds voor het storten van grond, hetgeen een onbegrijpelijke handelwijze is; dat verzoekende partij thans gelet op de mogelijkheid tot het ontvangen van een vergoeding voor het storten, geen vergoeding aanrekent voor het weghalen is aldus allerm minst een onrealistische werkwijze. Ten slotte bespreekt zij de nota van 29 april 2011 van de afdeling Algemene Technische Ondersteuning; zij weerspreekt die nota voor zover er als irrealistisch te beschouwen aannames worden in vermeld.

7.6. In haar laatste memorie benadrukt verzoekende partij dat zij wel degelijk en op een concrete wijze de bestemming van de afgegraven grond heeft opgegeven in haar prijsverantwoording.

### *Beoordeling*

8.1. In de gemotiveerde gunningsbeslissing wordt gesteld: “gelet op de motieven uit het onderzoek en de beoordeling zoals hierboven omstandig beschreven wordt de aannemingsopdracht toegewezen aan Herbosch-Kiere”. De motieven en de beoordeling waarnaar de gunningsbeslissing verwijst zijn gelegen in het feit dat de nv Herbosch-Kiere de laagste regelmatige inschrijver is omdat de offerte van de nv Hens werd ingetrokken en de offerte van verzoekende partij onregelmatig werd verklaard.

Wat het eerste onderdeel betreft dient met verwerende partij dan ook te worden aangenomen dat de vaststelling dat alle offertes regelmatig zijn een materiële vergissing is.

Het eerste onderdeel is ongegrond.

8.2. Wat het tweede onderdeel betreft stelt de Raad van State vast dat dit deels samenvalt met het eerste onderdeel, deels met het derde en vierde onderdeel. Hiervoor wordt naar de beoordeling van die onderdelen verwezen.

8.3. Wat het derde onderdeel betreft stelt de Raad van State vast dat voor zover verzoekende partij zich beroept op artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, het middel grondslag mist nu de bestreden beslissing de offerte van verzoekende partij niet onregelmatig bevindt op basis van die bepaling, doch op basis van artikel 110, § 3, artikel waarop de brief van verwerende partij aan verzoekende partij van 14 maart 2011 met de vraag tot prijsverantwoording uitdrukkelijk steunt. Voor het overige valt dit onderdeel samen met het vierde onderdeel. Hiervoor wordt naar de beoordeling van dat onderdeel verwezen.

8.4.1. Wat het vierde onderdeel betreft dient te worden opgemerkt dat verwerende partij met een brief van 14 maart 2011 aan verzoekende partij een prijsverantwoording voor post 3 vraagt. Zij stelt hierbij uitdrukkelijk:

“Het moet voor de aanbestedende overheid zeer duidelijk zijn welke bestemming aan de afgevoerde bodem zal gegeven worden en in welke mate deze in overeenstemming is met de milieuhygiënische kenmerken. Die verantwoording mag enkel gebaseerd zijn op objectieve factoren.”

In haar prijsverantwoording merkt verzoekende partij op dat zij de afgegraven grond zal hergebruiken “conform Vlarebo” en dit in een “ander project gelegen in de Antwerpse regio”. Daarnaast geeft zij haar prijsberekening voor deze post.

In de “gemotiveerde gunningsbeslissing” wordt de offerte van verzoekende partij (weze het niet met zoveel woorden uitgedrukt) onregelmatig verklaard om volgende redenen:

“- ontbreken van concrete bestemming post 3, niettegenstaande verzoek tot prijsverantwoording daarom expliciet verzocht;  
- prijsonderbouwing post 3 bevat aannames die door de aanbestedende overheid als niet realistisch worden beschouwd.”

De beslissing tot onregelmatigverklaring steunt aldus op twee redenen die indien ze afdoende zijn en deugdelijk, elk op zich deze beslissing beogen te dragen. Hieruit volgt dat van zodra één van deze redenen de kritiek van verzoekende partij doorstaat, verzoekende partij geen verder belang heeft bij haar kritiek op de andere reden daar alsdan vaststaat dat haar offerte terecht onregelmatig is verklaard.

8.4.2. Met verwerende partij mag geredelijk worden aangenomen dat de prijsverantwoording van verzoekende partij allerm minst tegemoet komt aan de vraag om prijsverantwoording waarin verwerende partij peilde naar de bestemming van de afgegraven grond en de overeenstemming van het gebruik met de milieuhygiënische regelgeving. De antwoorden “Antwerpse regio” en “conform Vlarebo” zijn volstrekt onvoldoende gespecificeerd om verwerende partij een “zeer duidelijk” zicht te geven op de kwestieuze offerte. Terecht mocht

verwerende partij dan ook om die reden alleen reeds de offerte van verzoekende partij onregelmatig verklaren.

Er is dan ook geen reden om de kritiek van verzoekende partij op het motief inzake de zogenaamde irrealistische aannames inzake de prijsopbouw voor post drie te onderzoeken.

8.4.3. Verzoekende partij kan voorts niet staande houden dat de in de “gemotiveerde gunningsbeslissing” vervatte redengeving inzake de concrete bestemming voor haar problematisch is en slechts vaag en algemeen is. De reden tot onregelmatigverklaring, namelijk het ontbreken van de concrete bestemming voor post 3, niettegenstaande in het verzoek tot prijsverantwoording daarom expliciet werd verzocht, is duidelijk in het licht van de zeer specifieke vraag tot prijsverantwoording gelezen samen met het antwoord van verzoekende partij.

8.4.4. Het vierde onderdeel is ongegrond.

9. Het middel wordt verworpen.

#### *B. Tweede middel*

##### *Uiteenzetting van het middel*

10. Verzoekende partij voert in haar memorie van wederantwoord de schending aan van “de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, met name artikel 15, [...] schending van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijk of mobiele bouwplaatsen, met name artikel 30, tweede lid, schending van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, met name artikel 110, § 3 en § 4, van het gelijkheidsbeginsel zoals gewaarborgd door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van

de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Zij stelt dat zij dit middel enkel kon opwerpen na onderzoek van het administratief dossier zodat dit middel ontvankelijk is.

Ten gronde betoogt verzoekende partij dat de veiligheidscoördinator de kostprijs van de veiligheidsvoorzieningen van de nv Herbosch-Kiere, namelijk 0,50 % van de inschrijvingsprijs, als eerder laag heeft beschouwd. De kostprijs bij de offerte van verzoekende partij was 2 %. Hieruit vloeit voort dat verwerende partij een onderzoek had moeten doen naar de abnormaal lage prijs van de nv Herbosch-Kiere en dat zij deze inschrijver om prijsverantwoording had moeten vragen, hetgeen zij naliet.

### *Beoordeling*

11. In het auditorsverslag wordt geconcludeerd dat het middel onontvankelijk is wegens gebrek aan belang met de volgende overweging:

“Een onregelmatige inschrijver - en verzoekster is dat, dat blijkt uit de bespreking van het eerste middel - heeft geen belang bij het aanvechten van de beslissing tot gunning aan een derde tenzij hij aantoont dat de opdracht aan niemand rechtmatig kon worden gegund.

Welnu, verzoekster toont dat niet aan: naast verzoekster en de nv Herbosch-Kiere zijn er nog negen andere inschrijvers (en naast de nv Hens nog acht andere) en verzoekster beperkt het tweede middel tot Herbosch-Kiere.”

Verzoekende partij laat in haar laatste memorie het middel onbesproken en voert dus geen argumentatie aan tegen het standpunt van het auditorsverslag.

Ook de Raad van State ziet geen reden om het terechte standpunt van het auditoraat niet bij te vallen.

Het middel wordt verworpen.

## **BESLISSING**

**1. De Raad van State verwerpt het beroep.**

**2. De verzoekende 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 2 oktober 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

|                        |                  |
|------------------------|------------------|
| Dierk Verbiest,        | kamervoorzitter, |
| Geert Van Haegendoren, | staatsraad,      |
| Pierre Barra,          | staatsraad,      |
| bijgestaan door        |                  |
| Bram Van Thillo,       | griffier.        |

**De griffier**

**De voorzitter**

**Bram Van Thillo**

**Dierk Verbiest**