

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 224.156 van 27 juni 2013
in de zaak A. 208.909/XII-7372**

In zake: de NV DEME ENVIRONMENTAL CONTRACTORS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Annelies Verlinden en Evelien De Raeymaecker
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE MILIEUMAATSCHAPPIJ
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stephane Libeer
kantoor houdend te 1040 Brussel
Sint-Michielslaan 55/10
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 24 mei 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing dd. 10 mei 2013 van de Vlaamse Milieumaatschappij, Afdeling Operationeel Waterbeheer [...] waarbij werd besloten de overheidsopdracht op basis van het bestek L2012R003A ‘Slibruiming van de Bazeput te Kallo’ aan nv Aannemingsbedrijf Aertssen toe te wijzen en derhalve niet aan de nv Deme Environmental Contractors 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 20 juni 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Annelies Verlinden en Jackie Joossen, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Stephane Libeer en Matthias Kirsch, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De Vlaamse Milieumaatschappij schrijft een opdracht voor een aanneming van werken uit met betrekking tot “Slibruiming van de Bazeput te Kallo met afvoer van alle ruimingsproducten” volgens het bestek L 2012 R 003 A.

3.2. De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 12 november 2012.

3.3. De opdracht wordt gegund met een openbare aanbesteding en wordt geraamd op een bedrag van 1.673.430,00 euro.

3.4. De openingszitting vindt plaats op 18 december 2012. Er worden acht offertes ingediend (bedragen btw inbegrepen):

- | | |
|--------------------------------------|--------------------|
| 1) Aannemingsbedrijf Aertssen nv | 2.112.568,04 euro, |
| 2) DEME International Contractors nv | 2.488.213,75 euro, |
| 3) DC Industrial nv | 2.765.600,20 euro, |
| 4) Heyrman-De Roeck nv | 2.964.084,37 euro, |

5) CEI-De Meyer	3.300.305,25 euro,
6) TV Jan De Nul-Envisan	3.238.554,15 euro,
7) Ghent Dredging	3.526.399,20 euro,
8) ABOG nv	5.811.533,20 euro.

3.5. Op 20 december 2012 wordt een gunningsverslag opgesteld.

3.6. Op 24 december 2012 wordt een beslissing genomen waarbij het gunningsverslag volledig wordt onderschreven en de opdracht wordt gegund aan de nv Aannemingsbedrijf Aertssen.

3.7. Bij arrest nr. 222.863 van 14 maart 2013 wordt voormelde gunningsbeslissing van 24 december 2012 in haar tenuitvoerlegging geschorst.

3.8. Volgens de nota van verwerende partij werd de gunningsbeslissing van 24 december 2012 ingetrokken.

3.9. Op 10 mei 2013 wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld dat het initiële gunningsverslag van 20 december 2012 vervangt. In het gunningsverslag wordt een titel “gedetailleerd prijsonderzoek van de laagste inschrijving” opgenomen. Onder deze titel wordt een prijsonderzoek weergegeven ten aanzien van de offerte van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen.

Als besluit van het prijsonderzoek wordt gesteld:

“5.4. Algemeen besluit prijsonderzoek

Uit een vergelijkend onderzoek waarbij de prijzen van Aertssen worden geëvalueerd t.o.v. de prijzen die gehanteerd worden bij andere gelijkaardige slibruimingën blijkt dat zowel qua totaalprijs als qua eenheidsprijzen de prijzen van Aertssen laag maar zeker niet ongewoon of abnormaal zijn.

Met het plan van aanpak werd door Aertssen een technisch oplossing voorgesteld die de aannemer in staat stelt om de opdracht op een kosteneffectieve en doelmatige manier uit te voeren. Het concurrentievoordeel dat de aannemer bekomt door de originaliteit van het aangeboden procédé kan de aannemer niet ontnomen worden door zijn bieding onregelmatig te verklaren wegens abnormaal lage prijzen.

6. Voorstel tot gunning

De laagste inschrijving wordt als regelmatig aanzien.

Daarom wordt voorgesteld de werken toe te wijzen aan aannemingsbedrijf Aertssen nv uit Stabroek op basis van haar inschrijving van 18 december 2012 voor een bedrag van 1.745.924,00 + 366.644,04 EUR (21% btw) = 2.112.568,04 EUR”.

3.10. Bij besluit van 10 mei 2013 beslist verwerende partij dat de opdracht slibruiming Bazeput te Kallo wordt gegund aan de nv Aannemingsbedrijf Aertssen voor een bedrag van 2.112.568,04 euro btw inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

4.2. Te dezen is evenwel 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.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 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, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 65/31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

5. Het eerste middel luidt in zijn essentie als volgt:

“schending van artikel 15 van de overheidsopdrachtenwet, van artikel 110,§4 van het KB van 8 januari 1996 van het gelijkheidsbeginsel, de eerlijke mededinging en het materiële motiveringsbeginsel

Doordat de offerteprijs opgegeven door de nv Aannemingsbedrijf Aertssen een prijs betreft die meer dan 15% lager ligt dan het gemiddelde van de offerteprijzen van de overige inschrijvers waardoor de offerteprijs van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen behept is met een abnormaal laag karakter, en waardoor met het oog op de beoordeling van de offertes verwerende partij slechts op basis van een grondig en zorgvuldig onderzoek kan besluiten deze offerte niet als onregelmatig aan te merken;

En doordat de bestreden gunningsbeslissing een motivering bevat die niet pertinent en draagkrachtig is en waaromtrent dient te worden vastgesteld dat verwerende partij er allerminst in slaagt concrete en objectieve factoren aan te dragen die de als abnormaal te beschouwen prijzen en totaalprijzen zouden kunnen rechtvaardigen;

En doordat de opdracht ingevolge de bestreden beslissing aldus niet is toegewezen aan de laagste regelmatige offerte”.

5.1. Verzoekende partij zet in een toelichting bij het middel uiteen dat in de gunningsbeslissing werd vastgesteld dat de offerteprijs van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen meer dan 15% lager ligt dan de gemiddelde offerteprijs van de regelmatige inschrijvers.

Zij stelt vast dat aan de nv Aannemingsbedrijf Aertssen geen rechtvaardiging werd gevraagd. Zij besluit hieruit dat er geen prijsverantwoording voorhanden is en dat voormelde inschrijver aldus effectief een abnormaal laag prijsvoorstel heeft voorgesteld dat diende te worden geweerd.

5.2. Verzoekende partij bekritiseert vervolgens de motivering op grond waarvan verwerende partij de *totaalprijs* van nv Aannemingsbedrijf Aertssen niet als abnormaal laag beschouwt.

In de eerste plaats stelt zij dat de raming van de opdracht slechts als een objectief beoordelingscriterium wordt aanvaard in het kader van de beoordeling van het abnormaal karakter van lage prijzen voor zover de raming als realistisch kan worden beoordeeld. Dit is te dezen niet het geval volgens verzoekende partij. De totaalprijs van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen ligt meer dan 26% boven de ramingsprijs, de gemiddelde totaalprijs van de inschrijvingen ligt meer dan 41% boven de ramingsprijs en de hoogste offerteprijs bedraagt het dubbele van de raming. In concreto verschilt de offerteprijs van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen met ongeveer 500.000 euro van de raming en verschilt de gemiddelde totaalprijs met ongeveer 1 miljoen euro van de raming en dit op een prijs van ongeveer 2 miljoen euro. Aldus blijkt volgens verzoekende partij dat de raming niet realistisch is.

Voorts meent zij dat de verwijzing in het gunningsverslag naar andere slibruimingsdossiers waarbij het laagste prijsvoorstel ook meer dan 15% van het gemiddelde zou afwijken, geen grond voor rechtvaardiging kan zijn van het abnormaal laag karakter van het in aanmerking genomen prijsvoorstel. Zulks betreft een louter algemene vaststelling die in geen geval een concreet onderzoek van het prijsvoorstel van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen uitmaakt. Dit kan dan ook niet uitsluiten dat de nv Aannemingsbedrijf Aertssen een abnormaal laag prijsvoorstel heeft geformuleerd voor de opdracht in kwestie. Ook het feit dat in andere dossiers eventueel geen wettigheidskritieken tegen de betreffende gunningsbeslissingen werden geformuleerd, kan niet zonder meer inhouden dat het prijsvoorstel van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen te dezen rechtmatig zou zijn.

Zo wordt in het gunningsverslag onder meer verwezen naar een vermeend gelijkaardige overheidsopdracht Handzamevaart te Kortemark terwijl dit geen gelijkaardige opdracht betreft zodat de opgegeven prijzen te dezen niet relevant zijn en geen voldoende en nauwkeurig vergelijkingspunt kunnen bieden.

Verwerende partij zou zich ook tegenspreken door enerzijds te stellen dat de slibuimingsdossiers waarnaar verwezen wordt vergelijkbaar zijn en anderzijds te stellen dat het gaat om vrij complexe opdrachten die aldus niet standaard zijn maar uniek.

Verzoekende partij meent ook dat verwerende partij ten onrechte overweegt dat in de gemiddelde totaalprijs “alle offertesommen, met uitzondering van het bovenste kwart” inbegrepen zijn wat ertoe zou leiden dat hoge prijsvoorstellen van inschrijvers die niet scherp kunnen of willen inschrijven het gemiddelde hoger zouden laten uitkomen. In overeenstemming met artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 worden de hoogste prijsvoorstellen immers niet in aanmerking genomen wat ertoe leidt dat het gemiddelde lager ligt. Het is verzoekende partij dan ook niet duidelijk hoe deze overweging de regelmatigheid van de prijs rechtvaardigt.

Voorts merkt verzoekende partij op dat verwerende partij ten onrechte verwijst naar de gangbaarheid van grote schommelingen in de post slibverwerking. Ten aanzien van het argument van nabijgelegen werven waar een grondtekort zou zijn en waar het slib kan worden hergebruikt, toont verwerende partij niet aan dat dit te dezen voor de nv Aannemingsbedrijf Aertssen geldt. Bovendien is het specie uit de Bazeput verontreinigd zodat een rechtstreekse afvoer van de specie naar een hergebruiktoepassing niet mogelijk is.

Ten aanzien van het argument van de eigen analyses die sommige aannemers uitvoeren tussen publicatie en aanbesteding om de verontreinigingsgraad te bepalen, die, als deze beter is dan de waarde vermeld in het bestek, leidt tot lagere prijzen, toont verwerende partij ook niet aan dat de nv Aannemingsbedrijf Aertssen te deze dergelijke analyse zou hebben uitgevoerd of welke invloed dit zou hebben gehad op het prijsvoorstel.

Ten aanzien van het argument dat een verontreiniging net boven de normwaarde door sommige aannemers niet als een probleemverontreiniging wordt beoordeeld, toont verwerende partij ook niet aan dat dergelijke omstandigheid voor de gekozen inschrijver aanwezig is.

Ten aanzien van het argument van de unieke en batige uitvoeringsmethode van sommige aannemers, toont verwerende partij ook niet aan dat dergelijke uitvoeringsmethode door de gekozen inschrijver zou worden voorgesteld in zijn offerte.

Het gaat volgens verzoekende partij dan ook om louter hypothetische uitspraken.

Verzoekende partij besluit dan ook ten aanzien van het onderzoek van de totaalprijs dat verwerende partij niet aantoont op grond van een concreet onderzoek en dus op grond van argumenten die op het betreffende prijsvoorstel en de karakteristieken van de opdracht zijn toegespitst dat het totale prijsvoorstel van de gekozen inschrijver, gelet op de vastgestelde afwijking van bijna 23% niet abnormaal laag zou zijn.

5.3. Vervolgens bekritiseert verzoekende partij de motivering op grond waarvan verwerende partij het abnormaal laag karakter van de *eenheidsprijzen* van de gekozen inschrijver voor de posten 2 en 3 enerzijds en de posten 4 en 5 anderzijds rechtvaardigt.

In de eerste plaats merkt verzoekende partij op dat verwerende partij voor de posten 2 en 3 verwijst naar een bijlage 3 met een prijsvergelijking met 32 andere recente aanbestede dossiers. Deze bijlage wordt haar echter niet ter beschikking gesteld zodat zij in de onmogelijkheid wordt gesteld om te verifiëren of deze andere dossiers een gelijkaardig voorwerp met voldoende nauwkeurige vergelijkingspunten met de opdracht. Voorts wordt slechts een vergelijking gemaakt met 13 van deze dossiers waarin gelijkaardige of lagere eenheidsprijzen zouden zijn geboden, terwijl over de 19 andere niets wordt gezegd waaruit verzoekende partij afleidt dat hierin geen gelijkaardige prijsvoorstellen werden gedaan. In de opgegeven motivering wordt slechts in vage en algemene

bewoordingen verwezen naar deze andere dossiers, zonder dat het gelijkaardig karakter wordt aangetoond. Er wordt ook niet aangegeven welke prijzen werden opgegeven in die aanbestedingen. Het is ook opmerkelijk dat de raming waarbij de aanbestedende overheid zich ook heeft laten inspireren door gelijkaardige opdrachten in geen geval representatief is of gelijkaardig aan de effectief opgegeven prijzen.

Verzoekende partij bekritiseert voorts dat ook voor de rechtvaardiging van de prijs voor de posten 4 en 5 wordt verwezen naar de raming terwijl deze niet realistisch is. De raming bedraagt 16 eur/m³ terwijl verzoekende partij een prijs indiende van 25 euro/m³. Verwerende partij geeft ook niet aan hoeveel de prijs van de gekozen inschrijver afwijkt van de raming of wat het gemiddelde prijsvoorstel voor deze posten is.

Voorts voert verzoekende partij aan dat verwerende partij verwijst naar het plan van aanpak waaruit blijkt dat de uitvoering verregaand wordt geoptimaliseerd wat in belangrijke mate de prijszetting van de posten 2 en 3 beïnvloedt. Er wordt echter geen verdere uitleg over de werkwijze en de wijze waarop dit de prijzen beïnvloedt, verschaft in de bestreden beslissing. Verzoekende partij kan dit dan ook niet verifiëren.

Ten aanzien van de prijs voor de posten 4 en 5 verwijst verwerende partij ter rechtvaardiging naar andere gelijkaardige slibruiming en terwijl verzoekende partij het gelijkaardig karakter niet kan verifiëren. Bovendien stelt verwerende partij enerzijds dat er significante prijsschommelingen mogelijk zijn terwijl zij anderzijds dezelfde complexe dossiers gebruikt ter rechtvaardiging van de prijzen. Het is niet ondenkbaar dat een lage prijs voor opdracht X net omwille van een gelijklopende werf wordt bekomen terwijl te dezen een gelijkaardige prijs wordt voorgesteld maar geen gelijklopende werf voorhanden is. Verwerende partij geeft ook aan 32 dossiers te hebben onderzocht, maar hanteert slechts de resultaten van 8 dossiers en zwijgt aldus over de 26 andere dossiers.

Ten aanzien van de prijzen voor de posten 4 en 5 spreekt verwerende partij zich volgens verzoekende partij ook tegen door te verwijzen naar

het gelijkaardig karakter van voorgestelde prijzen in andere dossiers maar anderzijds wel te wijzen op de grote variaties in eenheidsprijzen.

Voorts merkt verzoekende partij nog op dat verwerende partij voor de posten 4 en 5 ook naar de prijzen van een andere inschrijver verwijst, terwijl deze inschrijver geen abnormaal lage totaalprijs heeft geboden. Er valt niet in te zien hoe de verwijzing naar de prijzen van een andere inschrijver als een rechtvaardiging kan worden gezien.

5.4. Verzoekende partij besluit dat het prijsonderzoek van verwerende partij en de weergave daarvan in de bestreden gunningsbeslissing niet als afdoende, pertinent en juist kan worden beoordeeld waardoor een schending van het materiële-motiveringsbeginsel voorligt.

Bovendien werd volgens verzoekende partij het gelijkheidsbeginsel en de eerlijke mededinging geschonden doordat onrealistische fantasieprijzen vergeleken worden met realistische prijzen zodat de offertes onvergelijkbaar zijn.

Beoordeling

6. 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’ bepaalt:

§ 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. [...]

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”.

7. De Raad van State sluit zich voor de beoordeling van het middel aan bij de bevindingen van het mondelinge advies van het auditoraat ter terechtzitting, die in essentie als volgt kunnen worden weergegeven:

1. Te dezen blijkt uit de bestreden beslissing en het gunningsverslag waarnaar uitdrukkelijk wordt verwezen, dat verwerende partij een prijsonderzoek heeft gevoerd ten aanzien van de totaalprijs en de eenheidsprijzen voor de posten 2 en 3 en 4 en 5 geboden door de gekozen inschrijver. Verwerende partij heeft daartoe geen formele prijsverantwoording gevraagd aan de gekozen inschrijver op grond van artikel 110, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, maar heeft haar onderzoek gevoerd op grond van de elementen waarover zij beschikte. Dit lijkt op het eerste gezicht niet in strijd te zijn met artikel 110, §§ 3 en 4 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Verzoekende partij kan niet worden gevolgd waar zij stelt dat uit het feit dat aan de gekozen inschrijver geen prijsverantwoording werd gevraagd, onvermijdelijk volgt dat er geen prijsverantwoording is en dat de geboden prijzen aldus effectief abnormaal laag zijn.

Bij het gunningsverslag zijn 5 bijlagen gevoegd, waarvan er vier weliswaar als confidentieel worden aangemerkt en welke dus niet aan verzoekende partij werden ter kennis gebracht. Deze laatste betreffen een bijlage 2: rekenkundig nazicht, bijlage 3: overzicht eenheidsprijzen grondige machinale ruiming, bijlage 4: effect uitvoeringswijze Aertssen op prijszetting en bijlage 5: overzicht eenheidsprijzen transport, ontwateren, herbruiken en/of definitief afzetten van ruimingsproducten en -specie.

Verwerende partij stelt in het gunningsverslag dat zij gebruik heeft gemaakt van de prijzendatabank van de VMM, van de aangeboden prijzen van de andere inschrijvers en van de aanvullende informatie die de gekozen inschrijver heeft verstrekt, te weten het handelingsplan van de gekozen inschrijver.

Zij komt daarbij tot het besluit dat uit een vergelijkend onderzoek waarbij de prijzen van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen worden geëvalueerd ten opzichte van de prijzen die gehanteerd worden bij andere gelijkaardige slibueringen blijkt dat zowel qua totaalprijs als qua eenheidsprijzen de prijzen van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen laag maar zeker niet ongewoon of abnormaal zijn. Zij meent dat met het plan van aanpak door

de nv Aannemingsbedrijf Aertssen een technische oplossing werd voorgesteld die de aannemer in staat stelt om de opdracht op een kosteneffectieve en doelmatige manier uit te voeren.

2. Zoals verzoekende partij ook aangeeft in haar verzoekschrift, verwijst verwerende partij onder meer naar het feit dat de door de gekozen inschrijver aangeboden prijzen meer dan 26% boven de raming liggen van de opdracht. Ten aanzien van de raming lijken partijen het er over eens dat het op zich niet uitgesloten lijkt de raming te hanteren als referentiepunt voor het bepalen van het abnormale karakter van prijzen. De raming zou aldus ook kunnen worden aangewend om het niet-abnormale karakter van de prijzen aan te tonen. Verzoekende partij lijkt er terecht op te wijzen dat dit slechts geldt in de mate dat de raming van de opdracht min of meer realistisch was.

In tegenstelling tot de eerdere gunningsbeslissing van 24 december 1993, geeft verwerende partij in het gunningsverslag te dezen elementen aan waarom zij van oordeel is dat de raming die door haar werd opgesteld realistisch is, ondanks het feit dat de gemiddelde inschrijvprijzen voor de opdracht uiteindelijk een belangrijk deel hoger liggen.

Het loutere feit dat de raming 26% onder de laagste geboden prijs ligt, lijkt op zich niet voldoende om aan te nemen dat de raming sowieso onrealistisch was, zoals verzoekende partij lijkt aan te nemen, gelet op de redenen die verwerende partij aangeeft in het gunningsverslag ter ondersteuning van het realistische karakter van de raming. Zo verwijst verwerende partij onder meer naar 32 andere slibuimingsdossiers waar de laagst geboden prijs eveneens in belangrijke mate onder de gemiddelde offerteprijzen lag. Uit de door verwerende partij voorgelegde tabel blijkt dat in het overgrote deel van die opdrachten (verwerende partij geeft aan dat het om 87% van de gevallen gaat) de laagste inschrijver een prijs biedt die meer dan 15% lager ligt dan het gemiddelde van de inschrijvprijzen voor de respectieve opdracht. De bewering van verwerende partij dat zij kan buigen op een rijke ervaring met slibuimingsdossiers en dat deze dossiers wat betreft de prijsopbouw zeer gelijkaardig zijn, waardoor ze zich gemakkelijk tot vergelijking lenen, lijkt niet van elke redelijkheid ontdaan. Zij legt daartoe in het administratief dossier, weliswaar als vertrouwelijk stuk, ook een uitgebreide verzameling van gunningsverslagen voor met betrekking tot slibuimingsopdrachten met weergave van de ingediende prijzen. Het feit dat verwerende partij in dit verband erop wijst dat het bij slibuiming gaat om complexe dossiers, lijkt eerder betrekking te hebben op het proces van slibuiming op zich dat complex is, en dat aldus in elke opdracht complex of moeilijk uit te voeren is, waardoor er grote prijsverschillen zijn tussen de inschrijvers, zonder dat hiermee bedoeld wordt dat de vereisten van de opdrachten onderling zo verschillend zijn dat ze niet vergelijkbaar zouden zijn wat verzoekende partij lijkt aan te voeren. Wat betreft de opdracht van de slibuiming van de Handzamevaart te Kortemark, blijkt op het eerste gezicht dat de kritiek die verzoekende partij

in haar verzoekschrift uiteenzet om aan te tonen dat deze opdracht niet vergelijkbaar zou zijn, door verwerende partij wordt weerlegd op een wijze die niet van elke redelijkheid lijkt ontdaan, voor zover de Raad van State dit kan beoordelen zonder deskundig advies ter zake.

Het feit dat diverse inschrijvers ervaring zouden hebben met slibuiming, lijkt ook niet uit te sluiten dat zij toch verschillende werkwijzen zouden voorstellen die hun effect hebben op de kostprijs en dus tot grote prijsverschillen leiden, hetgeen met deze opdracht ook juist aangetoond lijkt. In het gunningsverslag wordt ter verantwoording van de prijzen van de gekozen inschrijver trouwens meermaals verwezen naar het bijzondere karakter van de techniek die de gekozen inschrijver voor deze opdracht heeft voorgesteld en die sterk kostenbesparend zou zijn.

Bovendien wordt de raming, zoals verwerende partij stelt, niet als enig referentiepunt gebruikt, maar onder meer in combinatie met het onderzoek van de uitvoeringsmethode van de gekozen inschrijver. Verzoekende partij lijkt dan ook niet te kunnen worden gevolgd waar zij stelt dat verwerende partij in haar verantwoording onvoldoende concreet ingaat op het prijsvoorstel van de gekozen inschrijver. In dat verband kan op het eerste gezicht ook worden opgemerkt dat te dezen het weergeven van de concrete voorgestelde slibuimingstechniek van de gekozen inschrijver in het gunningsverslag niet vereist lijkt, gelet op de mogelijke schending van de commerciële belangen van de gekozen inschrijver, zoals bepaald in artikel 65/10 van de wet van 24 december 1993 'betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten van aanneming van werken, leveringen en diensten'. Uit een interne nota die als vertrouwelijk stuk in het administratief dossier werd neergelegd, blijkt op het eerste gezicht dat de invloed van de door de gekozen inschrijver aangeboden uitvoeringsmethode op de prijs voor de verschillende posten concreet werd onderzocht en dat in de voorziene uitvoeringsmethode een verklaring voorligt voor de lagere inschrijvingsprijs.

3. Vervolgens heeft verwerende partij een onderzoek uitgevoerd van de eenheidsprijzen van de substantiële posten. In de meetstaat werden immers 5 posten opgenomen. Post 1 betreft een vrij beperkte post met betrekking tot de voorbehouden som voor het uitvoeren van keuringen en tegenproeven en deze werd niet aan nader onderzoek onderworpen.

De posten 2 en 3 met betrekking tot de grondige machinale ruiming van de open waterlooptrajecten en posten 4 en 5 met betrekking tot het transport, ontwateren, verwerken, herbruiken en/of definitief afzetten van alle ruimingsproducten en ruimingsspecie werden daarentegen wel aan een nader onderzoek onderworpen.

Met betrekking tot de posten 2 en 3 vergelijkt verwerende partij in het gunningsverslag de raming voor deze posten (die telkens 4 euro/m³ bedraagt) met de prijzen ingediend door de gekozen inschrijver. Omwille

van de vertrouwelijkheid wordt deze vergelijking onleesbaar gemaakt in het gunningsverslag zoals het werd meegedeeld aan verzoekende partij. Voorts verwijst zij naar 13 andere dossiers, die ze haalt uit een lijst van 32 dossiers welke zij vergelijkbaar acht, waaruit zij besluit dat de eenheidsprijzen die de gekozen inschrijver biedt voor de posten 2 en 3 niet abnormaal laag is omdat in deze dossiers vergelijkbare prijzen worden geboden door de laagste regelmatige inschrijver, dan wel prijzen die tot de helft lager liggen dan de door de nv Aannemingsbedrijf Aertssen geboden eenheidsprijzen. Deze tabel werd ten behoeve van de Raad van State als vertrouwelijk stuk neergelegd en de Raad kan al dus op het eerste gezicht vaststellen dat voor 13 ruimingsopdrachten lagere prijzen werden geboden voor de post machinale ruiming dan de door de gekozen inschrijver geboden eenheidsprijzen voor deze posten. In haar nota geeft verwerende partij aan dat hieruit blijkt dat het niet onmogelijk is om de gevraagde werken uit te voeren tegen de aangeboden prijzen, zodat hiermee het eventueel abnormale karakter van de eenheidsprijzen wordt weggenomen, ook al werden in andere vergelijkbare dossiers hogere prijzen aangeboden.

Daarnaast wordt ook uitdrukkelijk de concrete technische oplossing die door de nv Aannemingsbedrijf Aertssen wordt voorgesteld in het prijsonderzoek voor deze posten betrokken en wordt besloten dat de uitvoering in belangrijke mate wordt geoptimaliseerd wat zijn weerslag heeft onder meer op de posten 2 en 3. Een meer concrete weergave van dit onderzoek van het effect van de uitvoeringswijze op de posten 2 en 3 is opgenomen in de als vertrouwelijk neergelegde bijlage 4 bij het gunningsverslag.

Met betrekking tot de posten 4 en 5 vergelijkt verwerende partij in het gunningsverslag de raming voor deze posten (die telkens 16 euro/m³ bedraagt) met de prijzen ingediend door de gekozen inschrijver. Omwille van de vertrouwelijkheid wordt deze vergelijking onleesbaar gemaakt in het gunningsverslag zoals het werd meegedeeld aan verzoekende partij.

Voorts verwijst zij naar 8 andere dossiers, die ze haalt uit een lijst van 32 recent aanbestede dossiers waarvan zij er acht vergelijkbaar acht wat betreft de verontreinigingsgraad van het slib. Daaruit besluit zij dat de eenheidsprijzen die de gekozen inschrijver biedt voor de posten 4 en 5 niet abnormaal laag is omdat in deze dossiers vergelijkbare dan wel lagere prijzen worden geboden door de laagste regelmatige inschrijver dan de door de nv Aannemingsbedrijf Aertssen geboden eenheidsprijzen. Deze tabel werd ten behoeve van de Raad van State als vertrouwelijk stuk neergelegd en de Raad kan al dus op het eerste gezicht vaststellen dat voor 4 ruimingsopdrachten substantieel lagere prijzen werden geboden voor de post transport, ontwateren, verwerken, herbruiken en/of definitief afzetten van alle ruimingsproducten en ruimingsspecie dan de door de gekozen inschrijver geboden eenheidsprijzen voor deze posten en voor 4 dossiers licht hogere (variatie van + 0% tot + 11%). Hieruit besluit verwerende

partij dat de eenheidsprijzen van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen voor deze posten niet abnormaal laag zijn.

In haar nota wijst verwerende partij er nog op dat de door de nv Aannemingsbedrijf Aertssen geboden eenheidsprijzen voor deze posten minder dan 15% afwijken van het rekenkundig gemiddelde wat er ook op wijst dat ze niet prima facie als abnormaal dienen te worden aangemerkt.

Daarnaast wordt ook uitdrukkelijk de concrete technische oplossing die door de nv Aannemingsbedrijf Aertssen wordt voorgesteld in het prijsonderzoek voor deze posten betrokken en wordt besloten dat de uitvoering in belangrijke mate wordt geoptimaliseerd wat zijn weerslag heeft onder meer op de posten 4 en 5. Een meer concrete weergave van dit onderzoek van het effect van de uitvoeringswijze op de posten 4 en 5 is opgenomen in de als vertrouwelijk neergelegde bijlage 4 bij het gunningsverslag. Na lezing van de stukken die als vertrouwelijk werden neergelegd door verwerende partij, kan worden vastgesteld dat ook de invloed van het door de gekozen inschrijver aangeboden technische procédé op de verontreinigingskost van het slib concreet werd onderzocht. De concrete invloed werd echter niet weergegeven in het gunningsverslag, allicht om reden van vertrouwelijkheid en om derwijze het concurrentievoordeel van de gekozen inschrijver niet te schenden zoals wordt aangegeven in de nota van verwerende partij. Het feit dat een andere inschrijver die eveneens gespecialiseerd is nog een lagere prijs biedt voor deze posten, lijkt in dat opzicht en te dezen het besluit van verwerende partij te ondersteunen en doet zich voor als een overtoollig motief.

In het licht van de overwegingen met betrekking tot het prijsonderzoek die te dezen in het gunningsverslag werden weergegeven en die luidens de bestreden beslissing volledig worden onderschreven, moet worden vastgesteld dat verzoekende partij niet met de vereiste prima facie ernst aantoonde dat verwerende partij de grenzen van een zorgvuldige beoordeling heeft overschreden door de door de gekozen inschrijver aangeboden totaalprijs en eenheidsprijzen niet als abnormaal te beschouwen en zonder vraag tot verantwoording te aanvaarden. Evenmin lijkt aangetoond dat verwerende partij er niet zou in geslaagd zijn met concrete en objectieve factoren te motiveren waarom de prijzen geboden door de gekozen inschrijver niet als abnormaal worden beschouwd.

8. Aldus lijkt de conclusie te moeten luiden dat verwerende partij de in het middel aangevoerde rechtsnormen niet lijkt te hebben geschonden.

Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

9. Het tweede middel luidt in zijn essentie als volgt:

“ schending van artikel 15 van de overheidsopdrachtenwet, van artikel 110, §4 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, het gelijkheidsbeginsel en het materiële motiveringsbeginsel;

doordat verwerende partij in de bestreden gunningsbeslissing van 10 mei 2013 tot tweemaal toe verwijst naar het plan van aanpak van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen om het abnormaal lage prijsvoorstel van deze inschrijver te rechtvaardigen en te weerhouden;

en doordat voormeld plan van aanpak niet bij de offerte van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen werd gevoegd of in het kader van het prijsonderzoek werd opgevraagd, doch na de sluiting van de opdracht op grond van de- door de Raad geschorste- eerste gunningsbeslissing van 24 december 2012 door verwerende partij bij deze inschrijver werd opgevraagd (voor doeleinden van uitvoering en dus niet voor doeleinden van gunning van de opdracht);

en doordat door het in aanmerking nemen van voormeld plan van aanpak de offerte van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen, na de indiening ervan, werd aangevuld”.

In een toelichting bij haar tweede middel betoogt verzoekende partij dat de eerste bestreden gunningsbeslissing van 24 december 2012 lijkt te zijn ingetrokken hoewel dit niet uitdrukkelijk wordt vermeld in de tweede gunningsbeslissing van 10 mei 2013. Door de intrekking moet de eerste gunningsbeslissing geacht worden nooit te hebben bestaan. Daardoor moet worden teruggegaan naar de situatie van vóór de gunningsbeslissing van 24 december 2012 en diende verwerende partij bij het nemen van haar nieuwe gunningsbeslissing uit te gaan van de offertes zoals ze voorlagen voorafgaand aan het nemen van de gunningsbeslissing van 24 december 2012. Verwerende partij mocht in haar tweede gunningsbeslissing dan ook niet verwijzen naar het plan van aanpak van de gekozen inschrijver aangezien dat niet voorlag op het moment van het nemen van de eerste gunningsbeslissing. Het plan van aanpak werd niet bij de offerte van de gekozen inschrijver gevoegd.

Het plan van aanpak werd in de voorbereiding van de tweede gunningsbeslissing ook niet opgevraagd in het kader van een prijsonderzoek met toepassing van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Het plan van aanpak werd immers verkregen na de sluiting van de opdracht volgend op de eerste gunningsbeslissing en werd opgevraagd voor doeleinden van uitvoering van de opdracht.

Door bij het nemen van de tweede gunningsbeslissing alsnog rekening te houden met het plan van aanpak dat niet bij de offerte werd gevoegd en dat niet werd opgevraagd in het kader van een prijsonderzoek, heeft verwerende partij aan de gekozen inschrijver de kans gegeven zijn offerte aan te vullen. Nochtans voorziet de overheidsopdrachtenreglementering bij een aanbestedingsprocedure niet in de mogelijkheid voor een inschrijver om zijn offerte aan te vullen. Artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 heeft louter betrekking op de verbetering van rekenfouten en kennelijk materiële fouten. De aanvulling van de offerte met het plan van aanpak valt niet onder de toepassing van dit artikel 111.

Beoordeling

10. In het gunningsverslag gevoegd bij de bestreden beslissing wordt ten aanzien van het prijsonderzoek gevoerd door verwerende partij onder meer overwogen:

“Bijkomende beoordeling op basis van plan van aanpak Aertssen:
Uit de werkwijze die Aertssen voorschrijft in het plan van aanpak dat na sluiting van de opdracht door het Bestuur werd opgevraagd, blijkt dat Aertssen een werkwijze zal hanteren waarmee de uitvoering vergaand wordt geoptimaliseerd. Deze optimalisatie beïnvloedt in belangrijke mate de prijszetting van de posten 2 en 3. In de confidentiële nota in bijlage 4 wordt dit aspect verder behandeld”, en

“Bijkomende beoordeling op basis van plan van aanpak Aertssen:
Uit de werkwijze die Aertssen voorschrijft in het plan van aanpak dat na sluiting van de opdracht door het Bestuur werd opgevraagd, blijkt dat Aertssen een werkwijze zal hanteren waarmee de uitvoering vergaande wordt geoptimaliseerd. Deze optimalisatie beïnvloedt in belangrijke mate

de prijszetting van de posten 4 en 5. In de confidentiële nota in bijlage 4 wordt dit aspect verder behandeld”.

Het plan van aanpak, waarnaar in het gunningsverslag werd verwezen, is een document dat als dusdanig niet in het bestek voorzien lijkt. Het betreft op het eerste gezicht geen document dat deel dient uit te maken van de offerte opdat de offerte als regelmatig kon worden beoordeeld. Er lijkt aan de gekozen inschrijver aldus geen mogelijkheid geboden te zijn een eventueel onregelmatige offerte te regulariseren. De inhoud van het document lijkt op het eerste gezicht ook geen wijziging aan te brengen aan de inhoud van de offerte zoals ze werd ingediend. Op het eerste gezicht lijkt verzoekende partij dan ook niet te kunnen worden gevolgd waar zij stelt dat verwerende partij, door dit document in haar beoordeling te betrekken, aan de gekozen inschrijver de mogelijkheid heeft gegeven om zijn offerte nog aan te vullen of te verbeteren in strijd met artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Verzoekende partij herneemt artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 trouwens niet in de geschonden geachte bepalingen in de samenvatting van haar middel.

Daarenboven lijkt verzoekende partij niet te betwisten dat verwerende partij in het kader van het prijsonderzoek van de offertes de mogelijkheid heeft om een prijsverantwoording te vragen aan de betrokken inschrijver. Verzoekende partij lijkt ook niet te betwisten dat verwerende partij het voormelde handelingsplan had kunnen opvragen in het kader van een prijsverantwoording. Het handelingsplan lijkt onder meer toelichting te geven bij de doelmatigheid van het slibruimingsproces en bij de gekozen technische oplossingen, verantwoordingen waarmee de aanbestedende overheid op grond van artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 rekening lijkt te kunnen houden.

Verwerende partij diende deze informatie echter niet meer op te vragen aangezien zij deze reeds feitelijk in bezit had. Zoals verwerende partij aangeeft, leidt het feit dat de gunningsbeslissing van 24 december 2012 zou zijn ingetrokken, waardoor deze geacht moet worden niet te hebben bestaan en eventueel geen rechtsgevolgen te hebben gehad er niet toe dat verwerende partij moet handelen alsof zij niet in het bezit is van het handelingsplan. Het gegeven dat

verwerende partij kennis heeft van het handelingsplan kan trouwens niet worden beschouwd als een rechtsgevolg van de eerdere gunningsbeslissing. Het lijkt eerder een feitelijk gevolg te zijn van een eerdere vraag tot mededeling van dat plan die inderdaad niet kaderde binnen de voorbereiding van de eerdere gunningsbeslissing maar van de daaropvolgende.

Verwerende partij lijkt voorts niet verplicht te zijn voor het uitvoeren van een prijsonderzoek op grond van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 formeel informatie op te vragen waarover zij reeds beschikt.

Artikel 110, § 4, van voormeld koninklijk besluit bepaalt in zijn derde lid:

“§ 4 [...]

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”.

Uit artikel 110, § 4, 1°, volgt dat indien de aanbestedende overheid een offerte niet onregelmatig wenst te verklaren wegens abnormale prijzen, zij niet verplicht is een prijsverantwoording te vragen aan de betrokken inschrijver waarvan de totaalprijs meer dan 15% onder het gemiddelde van de inschrijvingsprijzen ligt, wanneer zij zelf over voldoende gegevens beschikt om op grond van een prijsonderzoek het abnormale karakter van de prijs uit te sluiten.

In het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 8 januari 1996 wordt hieromtrent gesteld:

“Overeenkomstig de rechtspraak van de Raad van State, wordt de aanbestedende overheid die niet de bedoeling heeft om een inschrijver opzij te zetten, er van vrijgesteld om aan deze laatste te vragen om zijn prijs te rechtvaardigen. Het kan bijvoorbeeld gebeuren dat de aanbestedende overheid over elementen beschikt die haar toelaten om een rechtvaardiging op te stellen volgens dewelke de ingediende prijs normaal is, ondanks het feit dat hij zich onder het gemiddelde bevindt van 15 pct. berekend volgens § 4. In een dergelijk geval zal de formaliteit dus niet moeten worden vervuld”.

De aanbestedende overheid lijkt aldus de elementen waarover zij beschikt, zoals te dezen het handelingsplan, te kunnen betrekken bij haar beoordeling van het al dan niet abnormaal karakter van de prijzen van de gekozen inschrijver.

Het tweede middel is niet ernstig.

VI. Besluit

11. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt 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 27 juni 2013,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest