

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 226.133 van 21 januari 2014
in de zaak A. 211.095/XII-7533**

In zake: 1. de BVBA R.T.S.
2. de BVBA AANNEMINGEN NORRÉ-BEHAEGEL
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jo Goethals
kantoor houdend te 8800 Roeselare
Kwadestraat 151B/41
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV ASWEBO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
MG Building II
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 21 december 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent van 28 november 2013 waarbij de overheidsopdracht met betrekking tot het aanleggen

van fietsvoorzieningen langs de Gasmeterlaan – Nieuwevaart te Gent ingevolge de openbare aanbesteding van 5 september 2013, aan nv Aswebo [...] werd gegund, en niet aan de thv ‘Norré-R.T.S’, samengesteld uit R.T.S. bvba en Aannemingsbedrijf Norré Behaeghel bvba, die de laagste regelmatige was, omdat deze bieding beweerdelijk, en ten onrechte abnormale prijzen bevatte”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 6 januari 2014 heeft de nv Aswebo gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 januari 2014, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jo Goethals, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat John Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor een opdracht, in de aankondiging genoemd “Aanleggen van fietsvoorzieningen langs de Gasmeterlaan – Nieuwevaart te Gent”.

De geraamde waarde van de opdracht is 4.915.547,15 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt op 11 juni 2013 aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 14 juni 2013 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Op deze opdracht is het bijzonder bestek TDW_2012_035 van toepassing.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 5 september 2013 om 10.00 u. Onder meer de verzoekende partijen en de nv Aswebo dienen een offerte in.

3.5. Op 15 november 2013 wordt een verslag van nazicht opgesteld. Daarin worden alle inschrijvers geselecteerd en worden alle offertes administratief regelmatig bevonden.

Dit verslag van nazicht bevat eveneens een omstandige bespreking van het nazicht van abnormale eenheidsprijzen. Er worden geen abnormale totaalprijzen vastgesteld maar wel een aantal abnormale eenheidsprijzen. In dat kader werd aan bepaalde inschrijvers onder wie de verzoekende partijen voor een aantal posten een prijsverantwoording gevraagd.

Aldus werd met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd 7 oktober 2013 aan de verzoekende partijen gevraagd binnen de 12 kalenderdagen een verantwoording te geven voor de posten 3, 51, 100, 103, 107, 162, 196, 245, 339, 394, 423, 438, 527, 628 en 641.

Met een brief en telefaxbericht gedateerd 18 oktober 2013 delen de verzoekende partijen een prijsverantwoording mee. Dezelfde dag melden de verzoekende partijen dat dit niet de eindversie is en delen zij de juiste tekst van bladzijden 7 tot en met 10 mee.

Het voorstel tot gunning van het verslag van nazicht luidt:

“Alle offertes beantwoorden aan de voorwaarden inzake regelmatigheid behalve deze van de THV Norré-RTS:

De offerte van de THV Norré-RTS wordt als substantieel onregelmatig beschouwd en is bijgevolg absoluut nietig aangezien

(1) de inschrijver voor verschillende belangrijke posten, met name 3, 51, 103, 162, 196, 197, 245, 423, 438 en 628, abnormaal lage eenheidsprijzen bevat in de zin van artikel 110, § 3 van het K.B. van 8 januari 1996. Het gaat om posten die elk op zich een grote post zijn binnen de aanneming, en samen genomen vormen deze een zeer aanzienlijk aandeel van de aanneming en hebben ze een essentiële invloed op de totaalprijs. Deze abnormaal lage prijzen brengen met zich mee dat de offerte concurrentievervalsend is en niet op een correcte manier kan vergeleken worden met de regelmatige offertes;

én

(2) de inschrijver voor post 641 heeft ingeschreven met een abnormaal hoge prijs en dit, gezien deze post bij het begin van de werken wordt uitbetaald wordt, een ongeoorloofde prefinanciering inhoudt, waardoor de gelijke behandeling van de inschrijvers wordt aangetast en de offertes niet meer vergelijkbaar zijn;

én

(3) de inschrijver in zijn prijsverantwoording voor post 103 aangeeft dat hij heeft ingeschreven met een niet-besteksconform materiaal én bepaalde elementen zoals beschreven in het bestek niet heeft opgenomen in zijn prijs. De offerte van de inschrijver wijkt met andere woorden af van meerdere essentiële besteksbepalingen.

én

(4) de inschrijver in zijn prijsverantwoording voor post 423 zelf aantoon dat hij een fout gemaakt heeft bij de prijszetting. Fouten kunnen niet meer rechtgezet worden. De aanvaarding van de offerte zou de vergelijkbaarheid van de offertes en de gelijkheid tussen de inschrijvers in het gedrang brengen.

Elk van de hierboven opgesomde redenen brengt de substantiële onregelmatigheid en absolute nietigheid van de offerte met zich mee.

Op grond van de kwalitatieve selectie van de inschrijvingen, het administratief en technisch nazicht van de offertes en de vergelijking van de offertes gemaakt in de voorgaande punten, wordt de opdracht van werken op basis van het bijzonder bestek nr. TDW/2012/035 (ID: 1269) – aanleggen van fietsvoorzieningen langs de Gasmeterlaan – Nieuwevaart te Gent, toegewezen aan de laagst regelmatige bidder, zijnde nv Aswebo, [...], voor een bedrag van 4.851.505,26 euro, inclusief btw, als volgt opgesplitst per partij [...].”

3.6. Op 28 november 2013 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent het verslag van nazicht goed te keuren en de opdracht te gunnen aan de nv Aswebo.

Dit is de bestreden beslissing die de eveneens bestreden onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partijen omvat.

3.7. Met een aangetekende en via e-mail op 6 december 2013 verzonden brief deelt de verwerende partij aan de verzoekende partijen mee dat hun offerte als substantieel onregelmatig werd geweerd. Het collegebesluit en het gunningsverslag worden bijgevoegd, en bij de e-mail ook een nadere bijlage in verband met de prijsverantwoording.

IV. Tussenkoms

4. De verzoekende partij tot tussenkoms blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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’ nog 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, de verzoekende partijen 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.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

6. De verzoekende partijen voeren in een eerste middel de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van artikel 82, 1°, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ en van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur meer in het bijzonder het gelijkheids-, mededingings-, zorgvuldigheids-, en transparantiebeginsel en het materiële motiveringsbeginsel”.

Daartoe ontwikkelen de verzoekende partijen een uitvoerig betoog waardoor, gelet op de contraintes van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zoals de huidige, de Raad van State zich dient te beperken tot het beoordelen wat zich in dat betoog *prima facie* als duidelijke grief aandient.

In wezen lijken zij te doen gelden dat het bestek, wat betreft bijgevoegd artikel nr. 600 en de daarbij horende post 103 van de meetstaat, waarvoor hun prijs als substantieel onregelmatig werd bevonden, “onwettig” is en dat die onwettigheid, aangezien dit volgens de verwerende partij zelf een zeer belangrijke post is die van bepalend belang is voor de vergelijkbaarheid van de offertes, meteen ook de volledige opdracht vitieert en betekent dat de bestreden beslissing gesteund is op een ondeugdelijk motief. Hetzelfde geldt voor artikel 2, stalen buispalen, op bladzijde 276 van het bestek.

Wat betreft dit bijgevoegd artikel nr. 600 en het motief dat “uit een vlugge controle door het studiebureau blijkt dat de door de aannemer opgegeven dimensies helemaal niet voldoende zijn om te kunnen voldoen aan deze bestekvoorwaarde”, dit is dat “de buispaal een maximale energie moet kunnen opnemen van 166 kNm”, benadrukken de verzoekende partijen concreet en samengevat dat voor de berekening van de optimale energie die de buispaal moet kunnen opnemen rekening dient te worden gehouden met aan de ene kant de “specifieke kenmerken van de paal het de buigstijfheid van de paal kan worden berekend [sic]” en aan de andere kant de kwaliteit van de grond, terwijl de kwaliteit van de grond niet uit het bestek blijkt, dat de aannemers integendeel zelf tijdens de opdracht met sonderingen de grondsterkte moeten meten en pas dan kennis zullen hebben van de sterkte van de grond en op correcte wijze zullen kunnen berekenen welke paal zij in de grond dienen te brengen en welke eigenschappen deze paal dient te hebben en dat het bestek bijgevolg niet voldoet aan artikel 1 van de wet van 24 december 1993 en artikel 82 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 zodat de verwerende partij de opdracht niet “op correcte wijze, ex artikel 15 van de overheidsopdrachtenwet, heeft toegewezen. Immers, in het bestek zijn niet voldoende elementen opgenomen om met technische kennis van zaken de meetstaat te kunnen invullen”. Zij wijzen voorts op het feit dat deze post geraamd werd op 8.000 euro, dat zij een prijs invulden van 10.500 euro en dat de andere inschrijvers een andere benadering volgden hetgeen leidde tot een gemiddelde prijs van 24.610,13 euro. Zij besluiten dit punt:

“7. Uit deze verschillende elementen blijkt dan ook duidelijk dat geen der inschrijvers op een correcte wijze heeft kunnen inschatten welke paal er precies dient te worden in de grond gebracht zodat er ook op geen enkele wijze een correcte prijs kon worden naar voor gebracht.

Nu gelet op het feit dat het bestek geen vast en onvruchtbaar uitgangspunt betekent voor wat betreft berekening van de kwestieuze paal, is het bestreden besluit gegrond op een ondeugdelijk motief”.

Wat betreft bijgevoegd artikel 2, stalen buispalen, citeren zij de volgende passage uit het bestek:

“De lengte van de buispalen wordt bepaald door de aannemer in functie van de uitgevoerde stabiliteitsstudie met de door de aannemer uitgevoerde bijkomende sonderingen”.

De verzoekende partijen betogen dat aldus ook wordt verwacht dat er een prijs wordt gegeven voor een type buispalen waarvan men de lengte nog niet kan kennen bij de inschrijving en dat de lengte evident de prijs bepaalt zodat de mededinging ook wat betreft deze post geschonden is.

Door aldus te handelen heeft de verwerende partij ten slotte niet alleen de aangehaalde bepalingen van de wet van 24 december 1993 en het koninklijk besluit van 8 januari 1996 geschonden “maar ook het gelijkheidsbeginsel, nu de inschrijvers niet met mekaar konden vergeleken worden gelet op het gebrek aan een vast en onwrikbaar uitgangspunt” en “ook onzorgvuldig gehandeld, hetgeen eveneens onwettigheid van het bestreden besluit met zich meebrengt. Mitsdien is ook het motiveringsbeginsel geschonden”.

Ontvankelijkheid van het middel

7. De verwerende partij en de tussenkomenende partij betwisten in excepties de ontvankelijkheid van het middel

Er is vooralsnog geen noodzaak om over deze excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien het middel ernstig zou worden bevonden, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

Beoordeling van het middel

8.1. Het eerste deel van het middel betreft in wezen de volgende beoordeling van post 103 “Realisatie van aanvaarbeveiliging volgens bijgevoegd artikel 600”:

“Post 103 - 103 - *: Realisatie van aanvaarbeveiliging volgens bijgevoegd artikel 600: EHP offerte; 10.500,00 EUR (gemiddelde: 24.610,53 EUR; afwijking - 57,34%; raming: 8.000,00 EUR)

Op 7/10/2013 werd prijsverantwoording gevraagd waarop THV Norré-RTS op 18/10/2013 per brief en email reageerde. In de ingediende prijsverantwoording voor betreffende post vertrekt de aannemer vanuit de offerte van onderaannemer Soiltech. Bij de offerteprijs van onderaannemner Soiltech wordt enkel 5,63% AOW toegevoegd,

1. In het bijzonder bestek staat beschreven wat vervat dient te zitten in de EHP:

(blz. 332) 6. Meetmethode voor hoeveelheden — De prijs van de aanvaarbeveiliging wordt opgegeven in een TP incl, levering, plaatsing en conservering, bijkomende sondering en studie en alle bijhorende niet beschreven kosten voor het realiseren van de aanvaarbeveiliging.

- De gevraagde sondering — zie bijgevoegd artikel (nr 600) in het bestek — is niet opgenomen in de prijssamenstelling van de prijsverantwoording.

- De studie (§ 2. en §3. van artikel nr. 600) dient door de aannemer te worden uitgevoerd. In de offerte van de onderaannemer Soiltech staat duidelijk geschreven dat de studie met betrekking van de aanvaarbeveiliging door de aannemer zelf dient te worden uitgevoerd en dus niet inbegrepen is in hun offerteprijs. De studiekosten werden door de aannemer niet voorzien in de prijssamenstelling zoals gegeven in de prijsverantwoording.

- De bijhorende, niet beschreven kosten zoals de rekennota's van de onderaannemer die door de aannemer dienen nagezien te worden, worden niet voorzien in de offerteprijs van de onderaannemer Soiltech en zijn door de aannemer niet bijgerekend in de prijssamenstelling van de prijsverantwoording. (Zie opmerkingen blz.3 van de offerte van Soiltech).

De bovenstaande prijs is niet volledig, de bijkomende sonderingskosten, de studiekosten en de bijkomende kosten zijn hier niet in opgenomen. In de offerte van de onderaannemer Soiltech wordt meermaals verwezen naar de studie met betrekking tot de aanvaarbeveiliging die door de opdrachtgever (= hier de aannemer) moet worden voorzien en dus niet inbegrepen zit in de offerteprijs van de onderaannemer. Deze bovenstaande kosten kunnen niet inbegrepen zijn in het verschil tussen de offerteprijs van de onderaannemer nl. 9.940,00 Euro en de inschrijvingsprijs van de aannemer zelf nl.

10.500,00 Euro waarbij de algemene kosten en de winst ook nog in dit verschil (560 Euro) vervat zitten.

2. Bij de prijsverantwoording staat volgende vermeld: “leveren en plaatsen van buispaal voor aanvaarbeveiliging max. diam. 1820 mm, max. dikte = 12 mm, max. lengte = 10m”. Dit betekent dat de offerte van de onderaannemer uitgaat van deze maximale dimensies van de buispaal. In het bijzonder bestek onder het betreffende artikel over de aanvaarbeveiliging (art. nr. 600) staat echter de maximale energie opgegeven die de buispaal dient te kunnen opnemen (namelijk 166 kNm). Uit een vlugge controle door het studiebureau blijkt dat de door de aannemer opgegeven dimensies helemaal niet voldoende zijn om te kunnen voldoen aan deze besteksvoorwaarde. Bij een buispaal met diameter 1820 mm dienen zowel de lengte van de paal als de wanddikte immers veel groter te zijn. De offerte wijkt dus af van de technische specificatie. Bovendien gaat het om een belangrijke post (gemiddelde van de inschrijvers 0,6% tov van het gemiddelde van de totaalprijzen van de inschrijvers). De aanvaarding van de offerte (die afwijkt van een technische bepaling) zou de vergelijkbaarheid van de offertes en de gelijkheid tussen de inschrijvers in het gedrang brengen.

CONCLUSIE: Uit de prijsverantwoording en de detaillering van de kostprijs blijkt dat bepaalde elementen zoals beschreven in de technische bepalingen van het bestek niet zullen uitgevoerd worden en/of niet zijn opgenomen in de prijs (sondering, stabiliteitsstudie) en de inschrijver met andere woorden afwijkt van een essentiële bepaling van het bestek. We verwijzen hiervoor naar het bestek onder artikel nr. 600. Daarnaast blijkt uit de prijsverantwoording ook dat het materiaal waarmee de THV Norré-RTS inschrijft niet besteksconform is, en dus opnieuw afwijkt van een essentiële bepaling van het bestek. Hierdoor dient te worden besloten dat deze post als substantieel onregelmatig dient te worden beschouwd”.

Hoofdstuk 17 van het bijzonder bestek “Bijgevoegde artikels fietsendoorgang” bepaalt in dit “Bijgevoegd artikel nr. 600: Aanvaarbeveiliging” (blz. 331 – 332 van 346):

“BIJGEVOEGD ARTIKEL NR. 600: AANVAARBEVEILIGING

Dit artikel omvat alle bepalingen die van toepassing zijn voor de aanvaarbeveiliging.

De aanvaarbeveiliging bestaat uit één stalen buispaal die gevuld is met beton.

Andere systemen worden niet aanvaard.

1. Dit bijgevoegd artikel omvat de beschrijving van de fundering

De dienstorder LIN2000/23 is integraal van toepassing.

2. Leveren van de stalen buispaal

De lengte van de buispaal wordt bepaald door de aannemer in functie van de uitgevoerde stabiliteitsstudie met de door de aannemer uitgevoerde bijkomende sondering ter plaatse van de aanvaarbeveiliging. De maximale energie die door de aanvaarbeveiliging moet worden opgenomen is 166kNm. Er is gerekend met een aanvaarhoogte van 2m boven de waterlijn.

Deze rekennota wordt ter goedkeuring voorgelegd aan de aanbestedende overheid.

De buispalen worden behandeld over een bepaalde lengte. Deze bepaalde lengte is gedefinieerd tussen de kop van de paal en 1 m in de bodem. De behandeling heeft volgende eigenschappen: een primer in epoxyzink of polyurethaanzink met dikte 60 µm en twee lagen epoxy ijzerglimmer of polyurethaan ijzerglimmer met een totale dikte van 160 µm conform de bepalingen van het 'Bijgevoegd artikel nr. 410: Bescherming van metalen oppervlakken tegen corrosie' voor de bestekken voor kunstwerken.

3. Inbrengen van stalen buispalen

Lokalisatie

De stalen palen worden geheid volgens het inplantingsplan aangeleverd door de aannemer en na goedkeuring door het bestuur. Hierbij dient rekening te worden gehouden met de plaatsen die op de aanbestedingstekeningen aangeduid staan.

De onderkant van de buispaal wordt op het peil gebracht, dat bepaald wordt door de uitgevoerde stabiliteitsberekening door de aannemer en na goedkeuring van de rekennota.

Uitvoering

De wijze waarop de stalen buispalen in de grond worden gebracht, wordt voorafgaand ter goedkeuring voorgelegd bij de aanbestedende overheid. Ongeacht deze goedkeuring is de uitvoeringsmethode een exclusieve verantwoordelijkheid van de aannemer.

Bijzondere aandacht

- Buispaal moet in bodem van het kanaal worden geheid.
- Rekening houden met de doorgaande scheepvaart.

4. Verwijderen van grond door lansen

De specie die verwijderd wordt uit de buispalen dient te worden opgevangen en mag niet geloosd worden in de waterweg. Het verwijderen van deze specie, rechtstreeks of na uitvoering is inbegrepen in de totaalprijs.

De buispalen dienen te worden vrijgemaakt van grond tot 2 meter boven het aanzetpeil.

5. Opvullen van ingebrachte palen met beton

De betonsterkte is C25/30 met blootstellingsklasse EE3

Het beton wordt in de buispaal gestort vanaf 2 meter boven het aanzetpeil tot aan de bovenzijde van de buispaal.

6. Meetmethode voor hoeveelheden

De prijs van de aanvaarbeveiliging wordt opgegeven in een TP incl. levering, plaatsing en conservering, bijkomende sondering en studie en alle

bijhorende niet beschreven kosten voor het realiseren van de aanvaarbeveiliging”.

8.2. Het tweede deel van het middel betreft, zo lijkt, posten 91 en 92 van de samenvattende meetstaat “Paalfundering type buispaal diameter 219,1 mm x 10 mm (in het water onder bestaande brug, vanaf ponton), conform bijgevoegd artikel 2” respectievelijk “Paalfundering type buispaal diameter 219,1 mm x 10 mm (in het water naast bestaande brug, vanaf ponton), conform bijgevoegd artikel 2”.

Dit bijgevoegd artikel 2 luidt:

“BIJGEVOEGD ARTIKEL 2: STALEN BUISPALEN

1. Dit bijgevoegd artikel omvat de beschrijving van de fundering
De dienstorder LIN2000/23 is integraal van toepassing.

2. Leveren van stalen buispalen

De buispalen hebben een diameter van 219,1 mm met een wanddikte van 10 mm.

De buispalen hebben een staalkwaliteit S355 J2 G3.

De lengte van de buispalen wordt bepaald door de aannemer in functie van de uitgevoerde stabiliteitsstudie met de door de aannemer uitgevoerde bijkomende sonderingen. De maximale paalbelasting die aangrijpt op de structuur is 75kN in GGT.

De buispalen worden behandeld over een bepaalde lengte. Deze bepaalde lengte is gedefinieerd tussen de kop van de paal (onderzijde brugdek) en 1 m in de bodem. De behandeling heeft volgende eigenschappen: een primer in epoxyzink of polyurethaanzink met dikte 60 µm en twee lagen epoxy ijzerglimmer of polyurethaan ijzerglimmer met een totale dikte van 160 µm conform de bepalingen van het ‘Bijgevoegd artikel nr. 410: Bescherming van metalen oppervlakken tegen corrosie’ voor de bestekken voor kunstwerken.

3. Inbrengen van stalen buispalen

Lokalisatie

De stalen palen worden geheid volgens het inplantingsplan aangeleverd door de aannemer en na goedkeuring door het bestuur. Hierbij dient rekening te worden gehouden met de plaatsen die op de aanbestedingstekeningen aangeduid staan.

De onderkant van de buispaal wordt op het peil gebracht, dat bepaald wordt door de uitgevoerde stabiliteitsberekening door de aannemer en na goedkeuring van de rekennota.

Uitvoering

De wijze waarop de stalen buispalen in de grond worden gebracht, wordt voorafgaand ter goedkeuring voorgelegd bij de aanbestedende overheid. Ongeacht deze goedkeuring is de uitvoeringsmethode een exclusieve verantwoordelijkheid van de aannemer.

Bijzondere aandacht:

- Alle buispalen moeten in de bodem van het kanaal worden geheid.
- Rekening houden met de doorgaande scheepvaart.
- 12 buispalen worden onder of net naast de bestaande brug geheid. Om een verschil in uitvoeringswijze, wordt bij de meetstaat een onderscheid gemaakt voor deze twee types.
- De vermoedelijke niveaus van de bestaande brug, waterpeil, en bodempeil zijn weergegeven op de aanbestedingsplannen.

Kwaliteitseisen

De maximaal toegestane afwijking van de centerlijn van de buispalen ten opzichte van de berekende positie bedraagt 50 mm. De maatregelen te treffen door de aannemer wanneer de afwijkingen groter zijn dan de opgegeven toleranties zijn inclusief het uitvoeren of laten uitvoeren van alle studies en alle nodige wijzigingen aan het ontwerp volledig ten laste van de aannemer.

3. Opmeting en verrekening

In de meetstaat wordt een vermoedelijke hoeveelheid per stuk voorzien opgesplitst voor palen die gemaakt worden onder de bestaande brug en palen die gemaakt worden naast de bestaande brug.

In deze posten zijn zowel de levering en transport van de buispaal, heien, conserveren, en alle het andere materieel dat nodig is om deze te kunnen uitvoeren voorzien”.

De prijs van de verzoekende partijen voor deze posten werd aanvaard, maar toch betwisten zij in dit middel punt 2 “leveren van stalen buispalen” in het “bijgevoegd artikel 2: stalen buispalen” in dat hoofdstuk 17 en meer bepaald de passage dat de lengte van de buispalen wordt bepaald door de aannemer in functie van de door de aannemer uitgevoerde bijkomende sonderingen.

9. De verzoekende partijen tonen in de huidige stand van het geding niet concreet en *prima facie* aan hoe de vereisten in voormeld bijgevoegd artikel nr. 600 of 2, een onwettige specificatie zouden zijn in de zin dat deze de mededinging zou beperken of op maat van één inschrijver zijn geschreven, maar lijken in wezen aan te voeren dat deze besteksbepalingen technisch onvoldoende precies zijn om nuttig een prijs te kunnen opgeven, en dus onduidelijk zijn.

In dat verband kan worden opgemerkt dat een inschrijver in geval van onduidelijkheden of dubbelzinnigheden in het bestek de aanbestedende overheid voorafgaand aan het indienen van de offertes nadere inlichtingen over het bestek kan vragen.

Daarnaast dient te worden gewezen op artikel 98, eerste lid, van voormeld koninklijk besluit van 8 januari 1996, dat luidt:

“Indien de inschrijver in het bestek of in de aanvullende documenten van de opdracht zodanige vergissingen of leemten vaststelt dat het hem onmogelijk is een prijs te berekenen, of dat de vergelijking van de offertes niet meer opgaat, geeft hij daarvan onverwijld, althans ten minste tien dagen vóór de dag van de opening van de offertes, schriftelijk kennis aan de aanbestedende overheid, behoudens zo de inkorting van de termijn voor het indienen van de offertes niet toelaat deze voorwaarde na te leven”.

Ten slotte bepaalt het bijzonder bestek in artikel 4, § 1, van deel 3.2 van hoofdstuk 1 onder meer:

“Het hierboven gestelde ontslaat de aannemer niet van zijn verantwoordelijkheid om deze plannen en documenten na te zien of ze te doen nazien en zijn verplichting om Stad Gent tijdig op de hoogte te stellen van elke vergissing en/of vergetelheid die wordt vastgesteld of behoort vastgesteld te worden door de aannemer volgens de regels van de kunst. Het behoort aan de aannemer om de wijzigingen aan de plannen en documenten vooraf en schriftelijk te vragen aan de leidend ambtenaar en elke schikking te treffen die hij nodig acht voor een volmaakte uitvoering”.

Te dezen wordt vastgesteld dat de verzoekende partijen blijkbaar voormelde bepalingen niet hebben toegepast en aan de verwerende partij geen vragen hebben gesteld over het bestek, noch een schriftelijke kennisgeving hebben gedaan in de zin van voormeld artikel 98 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 of in de zin van voormeld artikel 4, § 1, van het bestek. Zij hebben blijkbaar besloten om zonder meer een offerte in te dienen en gingen er dan blijkbaar vanuit dat voormelde passage in punt 2 van dit bijgevoegd artikel 2 en bijgevoegd artikel nr. 600 voldoende duidelijk waren om een prijs te bepalen. Ook toen een prijsverantwoording werd gevraagd voor post 103, hebben zij voor deze post een prijsverantwoording gegeven en niet opgeworpen dat deze bepaling onvoldoende was om een prijs te geven.

Op het eerste gezicht kan vervolgens worden betwijfeld of het bestek op dit punt voor de inschrijvers wel zo onduidelijk was als de verzoekende partijen doen voorkomen, nu uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat ook geen van de andere inschrijvers hieromtrent blijkbaar vragen heeft gesteld of opmerkingen heeft gemaakt.

Voorts blijkt dat het bestek in dit bijgevoegd artikel nr. 600 uitdrukkelijk de vereiste maximale te absorberen energie vermeldt. De vraag of dit samen met de andere in het bestek opgenomen gegevens en ter beschikking gestelde aanbestedingsplannen, voor een professioneel inschrijver niet toelaat een prijs te berekenen voor deze post, alsook om de lengte van de palen te bepalen, lijkt een grief met technische inslag. Dergelijke grief kan in beginsel pas tot schorsing leiden wanneer de ernst ervan al blijkt op grond van een snel en zeer *prima facie* onderzoek waarbij geen deskundige ondersteuning noodzakelijk is. De verzoekende partijen vragen in hun verzoekschrift op dit punt overigens geen deskundigenonderzoek. In de huidige stand van het geding en in wat dan ook enkel een hoogst voorlopige beoordeling op grond van een aantal *prima facie* vaststellingen kan zijn van een vraag kan waaromtrent de Raad van State misschien geen decisief standpunt kan innemen zonder deskundig advies, wordt die vraag negatief beantwoord. Immers is er de voorgaande vaststelling dat hierover geen vragen werden gesteld en dat ook de verzoekende partijen zonder meer een offerte indienen en dan blijkbaar zichzelf wel in staat achten met voldoende kennis van zaken een offerte in te dienen. Dat de kwaliteit van de grond voor die maximale energie daarbij relevant is alsook de eigenschappen van de paal, zoals in een eveneens zeer technische argumentatie lijkt opgeworpen, terwijl de kwaliteit van de grond niet in het bestek is bepaald en nog tijdens de opdracht een sondering dient uitgevoerd, volstaat, in dat licht evenmin *prima facie* om anders te oordelen. De tussenkomen partij wijst trouwens op de mogelijkheid de grondsoort eenvoudig te achterhalen “via de online Databank Ondergrond Vlaanderen”. In de mate dat verwezen wordt naar het niet vermelden van materialen en eigenschappen, is er, zoals reeds vastgesteld, de vereiste maximale energie, en is in het bestek onder meer duidelijk verwezen naar een stalen buispaal, op te vullen met beton sterkte C25/30 met blootstellingsklasse EE3 met aanduiding vanaf en tot waar het beton wordt gestort.

Ook in de mate dat voor de stalen buispalen, bedoeld in dat bijgevoegd artikel 2, de inschrijver zelf het exacte aanzetpeil en dus ook de lengte moet bepalen in functie van de door hem na gunning uit te voeren stabiliteitsstudie aan de hand van 4 sonderingen blijkt niet dat de gegevens in het bestek niet toelieten met voldoende kennis van zaken een prijs te bepalen alleen omdat de lengte wordt bepaald door de aannemer in functie van de –na de gunning– uitgevoerde stabiliteitsstudie met de door de aannemer uitgevoerde bijkomende sonderingen, en kan worden vastgesteld dat hierover nooit vragen blijken te zijn gesteld.

10. Evenmin blijkt *prima facie* dat dit afbreuk zou doen aan de door artikel 1 van de wet van 24 december 1993 vereiste mededinging en aan het principe dat gegund wordt op forfaitaire grondslag, nu niet *prima facie* wordt aangetoond dat dit uitsluit dat duidelijk omschreven risico's, ook ontwerp-risico's, bij de aannemer worden gelegd, in die zin dat deze zich ertoe verbindt de betrokken post conform het bestek uit te voeren tegen de overeengekomen prijs.

11. In dat licht blijkt evenmin *prima facie* dat de voormelde besteksbepalingen de vergelijking van de offertes onmogelijk maken. De verwijzing naar het verschil tussen de raming voor post 103, de eigen inschrijvingsprijs en de gemiddelde inschrijvingsprijs volstaat daartoe, zo lijkt, niet.

12. In de mate dat in het middel ook de schending wordt ingeroepen van het gelijkheids-, mededingings- en transparantiebeginsel, lijkt deze te worden afgeleid uit dezelfde reeds niet ernstig bevonden grieven.

13. Aldus lijkt het ook niet dat de beoordeling van post 103, namelijk dat afgeweken wordt van de vereiste maximale energie, onzorgvuldig is of niet steunt op een afdoende motief omdat de bestekbepaling onduidelijk zou zijn.

Dergelijke afwijking van een technisch voorschrift die bovendien de mogelijkheid tot objectieve vergelijking van de offertes lijkt aan te tasten, mocht, in het licht van de artikelen 89 en 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, op het eerste gezicht door de verwerende partij als een

substantiële onregelmatigheid worden aangemerkt, hetgeen op zich lijkt te volstaan om de offerte van de verzoekende partijen te verwerpen. Zelfs indien die afwijking slechts een relatieve onregelmatigheid zou meebrengen, lijkt de verwerende partij ook dan de grenzen van een redelijke beoordeling niet te buiten te zijn gegaan door de offerte van de verzoekende partijen op grond van voormelde afwijking van de besteksvereisten als onregelmatig te hebben beschouwd.

De vraag of er effectief een afwijking is, is aan de orde in het tweede middel.

14. Het eerste middel is bijgevolg niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

15. De verzoekende partijen voeren in een tweede middel de schending aan van artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993, van artikel 110, §2 en §3 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur meer in het bijzonder het gelijkheids-, mededingings-, zorgvuldigheids-, zuinigheids- en motiveringsbeginsel”.

Daartoe ontwikkelen de verzoekende partijen zoals bij het eerste middel opnieuw een uitvoerig betoog waardoor de Raad van State zich ook hier dient te beperken tot het beoordelen wat zich in dat betoog *prima facie* als duidelijke grief aandient.

In wezen lijken zij te doen gelden dat, anders dan door de verwerende partij geoordeeld, geen abnormale prijzen werden voorgesteld voor post 3 – en dus ook niet voor posten 196, 197 en 438 waarvoor het gunningsverslag immers verwijst naar de beoordeling van post 3, voor post 51 – en dus ook niet voor posten 162, 245 en 628, waarvoor het gunningsverslag immers verwijst naar de beoordeling van post 51, en voor posten 103, 641 en 423.

Beoordeling

16. Bij het nazicht van blijkbaar abnormaal hoge of lage prijzen zoals bepaald door artikel 110 van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 beschikt de aanbestedende overheid over een grote beoordelingsvrijheid om gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden. De Raad van State mag zich bij een dergelijke beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur. Hij mag desgevraagd wel nagaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bestreden beslissing in aanmerking mogen worden genomen, wat onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen. Een inschrijver mag zich niet beperken tot vaagheden en algemeenheden. De in voormeld artikel 110 opgesomde objectieve factoren, waarmee de aanbestedende overheid rekening mag houden bij haar onderzoek, zijn niet limitatief. Het prijsonderzoek door de aanbestedende overheid moet voorts gebeuren met inachtneming van de zorgvuldigheidsverplichting.

17. De eerste in het geding zijnde post is post 3 “opbreken van asfalt-verharding en fundering en onderfundering volgens 4-1.1.2.3”, dikte E >60 cm”.

18. De door de verzoekende partijen geven verantwoording voor deze post wordt in het gunningsverslag als volgt beoordeeld:

“Post 3 - 3 - 0401.23126: -, dikte E> 60 cm: EHP offerte: 1,80 EUR (gemiddelde; 5,32 EUR; afwijking; - 66,14%; raming; 6,00 EUR)
Op 7/10/2013 werd prijsverantwoording gevraagd waarop THV Norré-RTS op 18/10/2013 per brief en email reageerde. De inschrijver diende een prijsverantwoording in waarbij hij gedetailleerd de verschillende elementen opsomt die leiden tot de opgegeven eenheidsprijs. Hieruit leiden wij af dat de aannemer als volgt wil werken: het beton en het asfalt wordt ter plaatse opgebroken, respectievelijk afgefreesd en het uitgebroken beton en asfalt worden vervolgens getransporteerd naar respectievelijk een terrein waar het beton gebroken wordt in betongranulaten en een asfaltcentrale waar het asfalt omgezet wordt tot asfaltgranulaten. De betongranulaten worden vervolgens naar een afnemer gevoerd. De asfaltgranulaten worden door de asfaltcentrale zelf overgenomen.

De aannemer gaat ervan uit dat er met dezelfde transportmiddelen telkens beton of asfalt terug gebracht wordt naar andere werven om de kosten te drukken.

- De aannemer geeft een volledige en gedetailleerde uitleg over de opbraak van de materialen. Dit wordt aanvaard.
- De aannemer geeft een volledige en gedetailleerde uitleg over het transport van de opbraakmaterialen naar de breekwerf en/of asfaltcentrale. Na onderzoek en bevraging van de markt door de aanbestedende overheid blijkt dat hierbij uitgegaan wordt van een te hoog laadvermogen waardoor de kostprijs van het transport herrekend dient te worden over een kleiner laadvermogen. Gesteund op bovenstaand onderzoek, wordt de prijs van het transport niet aanvaard.
- De aannemer geeft een volledige en gedetailleerde uitleg over de stortopbrengst (= opbrengst granulaten – kostprijs breken – transportkost naar afnemer granulaten).

Opbrengst granulaten

De aannemer baseert zich op de factuur van Belasco nv voor de aanvoer van freesasfalt en de factuur van Topmix voor de aanvoer van betonpuin. Dit wordt aanvaard.

Kostprijs breken

De factuur van Sanel recycling wordt slechts gedeeltelijk overgenomen, namelijk zonder rekening te houden met de wettelijke verplichting (Vlarem) dat het betonpuin op voorhand gezeefd moet worden. De kostprijs voor zeefzand en de mobiele breekinstallatie wordt niet in rekening gebracht in de kostprijs voor het breken van het betonpuin.

Gesteund op bovenstaand onderzoek, wordt de kostprijs van het breken van de betongranulaten niet aanvaard.

Er is geen melding gemaakt van kosten voor het breken van de asfaltverharding. Dit lijkt ons abnormaal maar kan vervat zijn in de factuur van Belasco nv in de post 'Aanvoer van freesasfalt'. Dit wordt verder aanvaard.

Kostprijs transport naar afnemer granulaten

Er is geen transportkost voor de asfaltgranulaten, want de asfaltverharding wordt op het terrein van de afnemer Belasconv gebroken. Dit wordt aanvaard.

De transportkost voor de betongranulaten gaat verkeerdelijk uit van een te korte tijdspanne om de afstand van de werf tot aan de afnemer Topmix in Oudenburg uit te voeren en opnieuw een te groot laadvermogen. Gesteund op bovenstaand onderzoek, wordt de kostprijs van het transport naar de afnemer van de betongranulaten Topmix niet aanvaard.

Bij de berekening van de totale stortopbrengst (= stortopbrengst [Euro/ton] x gewicht per m² [ton/m²]) wordt er zowel voor beton als voor asfalt uitgegaan van het feit dat betonpuin voor 100% kan omgevormd worden tot betongranulaten en dat asfaltverharding voor 100% kan omgevormd worden tot asfaltgranulaten. Er wordt geen rekening gehouden met het feit dat bij het breken vooraf gezeefd moet worden en er dus zeefzand aanwezig is. Voor asfalt gaan we uit van 95% van het totaal volume asfaltverharding en voor beton gaan we uit van 90% van het totaal volume betonpuin dat kan

dienen tot recyclage. Deze waarden werden bekomen uit een marktonderzoek uitgevoerd door de aanbestedende overheid. Bijgevolg dient de opbrengst van zowel beton als asfalt herrekend te worden.

De aanbestedende overheid gaat wel zoals de aannemer uit van de veronderstelling dat de materialen waaruit de fundering en onderfundering bestaat, van dusdanig goede kwaliteit zijn en dat dus alle afgebroken of -gefreeste materialen gebruikt kunnen worden om te recyclen naar betongranulaten en asfaltgranulaten. Na bevraging en uit eigen ervaring weten we dat - indien de materialen dienen afgevoerd te worden als steenpuin en niet kunnen dienen tot recyclage in granulaten - dit een kost betekent voor de aannemer en geen opbrengst. Vanuit de besteksbepaling is niet duidelijk wat de kwaliteit van de asfaltverharding, fundering en onderfundering is, dus de veronderstelling dat deze materialen ten volle benut kunnen worden is een risico, maar we volgen hier verder de aannemer, nl. dat de materialen van zulke goede kwaliteit zijn dat alle opbraakmaterialen kunnen gerecycleerd worden.

Omwille van de overschatting van het volume betongranulaten en asfaltgranulaten dat er gerecycleerd kan worden uit een bepaald volume betonpuin en asfaltverharding, wordt bijgevolg de totale stortopbrengst voor beide materialen niet aanvaard.

CONCLUSIE. Na uitgebreide analyse van de door de inschrijver ingediende verantwoording moet er besloten worden dat deze niet kan aanvaard worden gezien er bij de opsplitsing van de kostenplaatsen uitgegaan wordt van onjuiste veronderstellingen en er prijselementen ontbreken in de opgegeven detaillering. Niettegenstaande we bepaalde dubieuze veronderstellingen (zoals zeer hoge opbrekrendementen, telkens gekoppeld aan volle vrachten met perfecte stapeling, wat zeker bij het opgebroken beton kan betwist worden) aanvaarden, dan nog resteren er andere veronderstellingen die manifest onjuist zijn waardoor de opgegeven kostprijs onmogelijk kan verantwoord worden. Individuele bevraging en marktonderzoek door de aanbestedende overheid bevestigen deze conclusie. Bijgevolg dient de opgegeven prijs als onregelmatig laag beschouwd te worden”.

19. De grief van de verzoekende partijen betreffende deze post 3 wordt niet bijgevalen in het mondeling advies ter terechtzitting van het auditoraat. Zulks werd als volgt in dat advies verwoord.

Aldus acht de verwerende partij de voorgestelde eenheidsprijs van 1,80 euro abnormaal laag omdat zij de prijsverantwoording niet aanvaardt voor de prijs van het transport van de opbraakmaterialen naar de breekwerf en/of asfaltcentrale, voor de prijs van het breken van het betonpuin in betongranulaten, voor het transport naar de afnemer van de betongranulaten Topmix noch de totale stortopbrengst voor beton en asfalt.

De verzoekende partijen betogen in het middel dat de transportprijs van de opbreekmaterialen niet gesteund is op een te hoog laadvermogen aangezien in de verantwoording werd uitgegaan van een laadvermogen van 30 ton en uit hun stuk 6.1. blijkt dat dit een realistisch laadvermogen is.

Uit deze bijlagen blijkt dat de verzoekende partijen voor de drie combinaties trekker-oplegger komen tot een “verschil” van 30.430, 30.845 en 30.330 kg, dit is blijkbaar het laadvermogen waarvan zij uitgaan en lijkt verkregen door het verminderen van de op die attesten vermelde MTM sleep- telkens 44.000 kg, met de tarra (“Massa rijklaar voertuig”) van de trekker en van de oplegger.

In het gunningsverslag wordt vastgesteld dat onderzoek en bevraging van de markt aanwijst dat wordt uitgegaan van een te hoog laadvermogen.

In de aan de verzoekende partijen meegedeelde “bijlage bij de prijsverantwoording THV Norré-RTS”, in feite een met nadere berekeningen ondersteunde beoordeling van hun prijsverantwoording, wordt aldus vermeld dat het laadvermogen van 30 ton niet OK is nu volgens de wetgeving de “GVW (Gross Vehicle Weight)” of Maximaal Toegelaten Massa in België beperkt is tot 44 ton zodat met vermindering van het eigen gewicht er een laadvermogen van maximaal 26 ton overblijft, dat marktonderzoek dit heeft bevestigd en dat de veronderstelling van een maximale lading van 33 ton niet mogelijk is. In die bijlage wordt vervolgens gewerkt met een maximale lading van 26 ton.

Volgens de nota is stuk 22 van het administratief dossier de weergave van dit marktonderzoek. De vraag rijst of dit stuk dan voldoende duidelijk is om decisief de berekening van de verzoekende partijen, gesteund op identificatiebewijzen, tegen te spreken. Het stuk over de Volvo Hyva FMX 460 10x6/6 asfaltkipper zelf vermeldt *in fine* weliswaar dat na aftrek van het eigen gewicht van deze combinatie 30,7 ton overblijft maar dit lijkt uit te gaan van een “gvw” van 50 ton in Nederland terwijl Volvo Brussel blijkbaar telefonisch bevestigde dat 30 ton overschat is en in gelijk welke combinatie maximum 26 ton mogelijk is. Het stuk over de Volvo FMX 420 8 x 4 Lichtgewicht composiet kipper vermeldt als gvw 44 ton maar geeft niet het eigen gewicht en onduidelijk is wat juist bedoeld is met de handgeschreven toevoegingen, “ntm” 32 ton”, “6 ton”, “30 ton - 6ton” en “19t trekker (8t). De verwerende partij verduidelijkt in de nota ook niet waarvoor dit alles staat en in welke mate dit overeenkomt met de gegevens van de verzoekende partijen. De voorgelegde identificatiebewijzen lijken ook andere modellen te betreffen.

Anderzijds dient te worden vastgesteld dat die identificatiebewijzen nog andere getallen en maximaal toegelaten massa vermelden, maar geen der partijen verduidelijkt of dit een impact heeft en zo ja de welke; in feite lijken zij de berekening in het verzoekschrift zelf niet minstens niet concreet te betwisten.

De tussenkomende partij argumenteert integendeel dat dit laadvermogen van 30 ton een theoretisch correct laadvermogen is voor de betrokken trekkers met oplegger, maar dat dit in de praktijk voor het vervoer van opbraakmaterialen niet realistisch is want niet ten volle kan worden benut, en betoogt dat de verwerende partij aldus terecht meent dat er niet uitgegaan kan van worden dat elke vervoer dit laadvermogen van 30 ton 100% benut. Ook de verwerende partij werpt op dat, zelfs indien uit deze identificatiebewijzen “een absoluut maximaal laadvermogen zou blijken van telkens iets meer dan 30 ton”, het besluit dat uitgegaan wordt van een te hoog laadvermogen niet kennelijk onjuist is nu het volledig laadvermogen niet bij elke rit volledig benut zal kunnen worden zoals de verzoekende partijen aannemen.

Indien dit laatste het dragend motief is, lijkt door het enkel opgeven van de gegevens over het maximaal laadvermogen van 30 ton niet aangetoond dat het uitgangspunt onjuist is, dat niet steeds het maximaal laadvermogen zal kunnen worden gebruikt. De verzoekende partijen gaan trouwens ook niet in op de verwijzing in de conclusie van het gunningsverslag naar de koppeling met volle vrachten met perfecte stapeling, “wat zeker bij het opgebroken beton betwist kan worden”, en hetgeen dan het niet aanvaarden van het 100% gebruik van het laadvermogen lijkt te ondersteunen.

Anderzijds dient te worden vastgesteld dat in de conclusie in het gunningsverslag tegelijk wordt vermeld dat bepaalde “dubieuze veronderstellingen”, waarmee ook die volle vrachten en dus dit 100% laadvermogen lijkt bedoeld, worden aanvaard. Ook de voormelde “bijlage bij de prijsverantwoording THV Norré-RTS” vermeldt dat uitgaan van een volle benutting van de inhoud van de kipper voor uitgebroken fundering dubieus is, maar dat in de nadere beoordeling dit standpunt wordt gevolgd.

Er blijkt dan ook niet *prima facie* dat dit laatste het dragend motief is maar wel dat het maximaal laadvermogen, zelfs 100% gebruikt, slechts 26 ton is.

De verwerende partij en de tussenkomende partij gaan, zoals reeds opgemerkt, niet concreet in op de inhoudelijke berekening van dit maximaal laadvermogen van 30 ton in het verzoekschrift – de tussenkomende partij aanvaardt dit integendeel zelfs uitdrukkelijk als theoretisch correct laadvermogen voor de betrokken combinaties, noch op de al dan niet impact van andere getallen en maximaal toegelaten massa

op de identificatiebewijzen, en bezwaarlijk kan van de Raad van State worden verwacht dat hij dit onderzoek zelf voert, zodat in de huidige stand van het geding dan ook niet is aangetoond dat uit de voorgelegde identificatiebewijzen niet blijkt dat dit blijkbaar wel 30 ton kan zijn. Het voorgelegde stuk inzake marktonderzoek is, zoals opgemerkt, onvoldoende duidelijk om *prima facie* het tegendeel aan te tonen.

Wat betreft de kostprijs van het breken antwoorden de verzoekende partijen dat de factuur Sanel wel rekening houdt met de (wettelijke) verplichting tot voorafgaandelijk zeven, en all in is.

Dit lijkt ook niet betwist te worden in de bestreden beslissing, maar wel het bedrag dat de verzoekende partijen gebruiken als kostprijs voor het breken van beton en de funderingen waarmee zij de door hen gehanteerde recuperatieprijs verminderen en wat, samen met de door de verzoekende partijen gehanteerde transportkost zou leiden tot een recuperatieprijs van 2,5 euro/ton.

De voorgelegde Sanel-factuur vermeldt naast een eenheidsprijs “breken van betongranulaat” (2,9 euro), nog een afzonderlijke eenheidsprijs (1 euro) “zeefzand betongranulaat”. De verwerende partij lijkt *prima facie* dan ook terecht, bij de eenheidsprijs “breken van betongranulaat” die tweede eenheidsprijs te hebben bijgeteld. Daarnaast wordt door de verwerende partij blijkbaar ook nog een bedrag bijgeteld voor mobiele breker, en ook hiervoor wordt in die factuur in een bijkomende prijs voorzien. De verzoekende partijen lijken op dit laatste punt in deze grief trouwens niet in te gaan.

Aldus lijkt de verwerende partij terecht te hebben geoordeeld dat de breekkost betonpuin waarvan de verzoekende partijen in hun verantwoording uitgaan te laag is en niet alle elementen bevat en blijkt dan ook niet dat op dit punt de prijsverantwoording ten onrechte niet werd aanvaard.

Wat betreft de kostprijs van het transport naar de afnemer van de betongranulaten, aanvaardt de verwerende partij in het gunningsverslag de verantwoording niet omdat uitgegaan wordt van een te korte tijdspanne om de afstand van de werf tot aan de afnemer Topmix in Oudenburg te overbruggen en opnieuw omdat wordt uitgegaan van een te groot laadvermogen.

De verzoekende partijen gaan in de betrokken grief niet concreet in op de berekening van deze kost in de bijlage bij de verantwoording, maar betogen enkel dat voor de prijsverantwoording van de waarde van betongranulaten weliswaar, bij wijze van voorbeeld, werd verwezen naar afnames uit het verleden door Topmix uit Oudenburg, welke hiervoor 7 euro betaalde, maar dat dit allerminst betekent dat de granulaten te dezen vanuit Gent naar Oudenburg moesten worden afgevoerd.

In de huidige stand van het geding kan worden vastgesteld dat de verzoekende partijen in hun prijsverantwoording een transportprijs berekenen en eerder verwezen naar aan afnemer Topmix te Oudenburg. In dat licht mocht de verwerende partij, zo lijkt, van oordeel zijn dat uitgegaan wordt van transport naar die afnemer. In de mate dat de verzoekende partijen aanvoeren dat enkel naar deze afnemer enkel zou zijn verwezen als bewijs van de verkoopprijs, gaan zij eraan voorbij dat hun een prijsverantwoording werd gevraagd en dat zij bijgevolg voldoende concreet en onderbouwd moesten aantonen waarom de voorgestelde eenheidsprijs normaal is, ook wat betreft het daarin begrepen element transport. Een inschrijver die een verzoek tot prijsverantwoording ontvangt, moet immers weten dat dit een ernstige aangelegenheid is en hij dient zich ervan bewust te zijn dat hij zijn prijzen concreet en onderbouwd dient te verantwoorden aangezien hij het risico loopt dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard. Indien de verwijzing naar Topmix niet bedoeld zou zijn om de afstand aan te geven, zou het uitgangspunt van 45 min in hun verantwoording niet zijn onderbouwd. Zelfs indien dit niet de enige afnemer zou zijn, blijkt niet dat de verwerende partij in de beoordeling van de prijsverantwoording niet mocht uitgaan van de afstand tot Topmix nu niet werd vermeld dat er andere afnemers zijn laat staan gegevens verstrekt over deze mogelijke andere afnemers.

De verzoekende partijen betwisten, zoals gezegd, voorts niet inhoudelijk het oordeel dat de transporttijd te kort ingeschat werd. In dit kader gaan ze niet specifiek in op het te groot laadvermogen. Zelfs wanneer de eerste grief ook hier geldt, blijkt niet dat de verantwoording van deze transportprijs ten onrechte niet werd aanvaard gelet op de volgens het gunningsverslag te kort ingeschatte transporttijd alleen.

De andere berekeningen in het verzoekschrift van de waarde van betongranulaten leiden niet tot een andere conclusie want deze werden niet opgenomen in de prijsverantwoording en de verwerende partij kon er dan ook geen rekening mee houden, en betreffen ook niet dat aspect van transport. Deze berekening lijkt trouwens te bevestigen dat bij de eenheidsprijs van 2,9 euro voor breken aangerekend door Sanel de verwerende partij terecht een bedrag bijtelde voor zeefzand nu de verzoekende partijen dit hier zelf ook doen.

Ten slotte oordeelt de verwerende partij dat de totale stortopbrengst zowel voor beton als voor asfalt is overschat nu er wordt van uitgegaan dat het betonpuin respectievelijk de asfaltverharding voor 100% kan worden omgevormd tot betongranulaten respectievelijk asfaltgranulaten en aldus geen rekening wordt gehouden dat “bij breken vooraf gezeefd moet worden en er dus zeefzand aanwezig is” en dat aldus slechts 90% van het betonpuin en slechts 95% van het asfaltpuin in aanmerking komt om te worden omgezet in beton- en asfaltgranulaat.

Volgens de verwerende partij betwisten de verzoekende partijen dit niet door aan te voeren dat ‘de prijs wordt betaald per ton aangevoerd materiaal, los van het feit of de aangevoerde materialen al dan niet in aanmerking komen voor recyclage’ en spreken de verzoekende partijen zich tegen: “De facturen in bijlage bij de prijsverantwoording zijn inderdaad per ton aangevoerd materiaal. Maar in de prijsverantwoording van de verzoekende partijen staat duidelijk vermeld dat ze niet het betonpuin of asfalt leveren aan de afnemer doch dat ze het puin eerst zullen breken en zeven, en dan pas leveren aan de afnemer. De verzoekende partijen rekenen met een volume beton- en asfaltpuin dat uitgegraven wordt gelijk aan het volume beton- en asfaltgranulaten. Nochtans erkennen zij zelf, ook in hun verzoekschrift, dat er een percentage zand vooraf wordt gezeefd. Er kan met andere woorden nooit evenveel beton- en asfaltgranulaat uitkomen als er beton- en asfaltpuin wordt uitgegraven”.

In de mate dat de verzoekende partijen betogen dat er geen sprake is van overschatting aangezien de prijsverantwoording “werd geboden aan de hand van facturen voor aanvoer van beton- of asfaltgranulaten. De prijs wordt betaald per ton aangevoerd materiaal, los van het feit of de aangevoerde materialen al dan niet voor 100% in aanmerking komen voor recyclage” verwijzen zij daartoe in de verantwoording naar de factuur aan Topmix die echter enkel betonpuin lijkt te betreffen. Evenmin tonen zij aan hoe uit die factuur blijkt dat alle betonpuin in granulaat kan worden omgezet en dus 100% gerecycleerd, of dat de verwerende partij er ten onrechte van uitgaat dat ongeveer 10% zand vooraf uitgezeefd wordt bij beton en 5 à 10% bij asfalt. Inzake deze trouwens technische vraag, kan in de huidige stand van het geding enkel worden vastgesteld dat hun stuk 6.2 - een tekening met de opbouw van de breekinstallatie, veeleer lijkt te bevestigen dat, in fase 2 “Vorafsiebung”, bepaalde korrels niet verder meegenomen worden in de “Brecher” en dus dat niet 100% van het betonpuin in granulaat kan worden omgezet.

Zij herhalen vervolgens weliswaar dat rekening wordt gehouden met de voorafgaande verplichting van zeven zoals blijkt uit de Sanel factuur, maar verklaren niet hoe dit inhoudt dat er 100% opbrengst is.

Aldus dient in de huidige stand van het geding vastgesteld dat minstens niet is aangetoond dat de verwerende partij ten onrechte de kost voor zeven en de mobiele breker bijtelde, de transportkost naar Oudenbrug niet aannam en niet aannam dat er 100% opbrengst was. Deze vaststellingen alleen lijken ook te volstaan om de prijsverantwoording voor deze post niet te aanvaarden ongeacht de andere hiervoor vermelde motieven.

Tegelijk blijkt dan niet dat de verwerende partij ten onrechte de volgens de verzoekende partijen corresponderende verantwoording voor posten 196, 197 en 438 niet heeft aanvaard nu deze volgens de verzoekende partijen zelf op basis van een “parallele redenering” wordt afgewezen.

Aldus blijkt niet dat de prijsverantwoording voor deze 4 posten ten onrechte niet werd aanvaard. Aangezien in het gunningsverslag wordt vastgesteld dat elk van de posten die niet werd aanvaard, dus ook elk van deze 4 posten een grote post is in de aanneming, en de verzoekende partijen dit niet lijken te betwisten behoudens post 423, lijkt de beoordeling van deze posten 3, 196, 197 en 438 op zich voldoende draagkrachtig om de onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partijen te schragen, en hebben zij geen belang meer bij hun kritiek, in dit middel op de beoordeling van de andere posten en op de andere motieven.

20. De Raad van State valt deze vaststellingen van het auditoraat bij. De verzoekende partijen dienen aldus te worden beschouwd als een inschrijver die een onregelmatige offerte indiende, zodat zij in principe geen belang hebben om de gunning aan een concurrerend inschrijver aan te vechten. Zij tonen voorts niet aan en pogen zelfs niet aan te tonen dat de opdracht aan geen enkele inschrijver mocht worden gegund. In de mate dat dit in de draagwijdte van het eerste middel is begrepen, werd dat middel reeds niet ernstig bevonden.

Aldus is evenmin aangetoond dat artikel 110, §§ 2 of 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 werd geschonden of dat de opdracht niet werd gegund aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte zoals vereist door artikel 15 van de wet van 24 december 1993.

In de mate dat het middel voorts steunt op de schending van het gelijkheids-, mededingings-, zorgvuldigheids-, zuinigheids- en motiveringsbeginsel en dit wordt afgeleid uit dezelfde grieven is het middel wat deze posten betreft om dezelfde redenen niet ernstig.

In de mate dat de verzoekende partijen in dit kader wijzen op het zuinigheidsbeginsel, kan voorts worden vastgesteld dat dit beginsel lijkt samen te vallen met de wettelijke verplichting vervat in artikel 15 van voormelde wet van 24 december 1993. Volgens die bepaling dient bij openbare aanbestedingen de opdracht te worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indient. Die bepaling belet niet dat de opdracht niet aan een nog lagere inschrijver wordt gegund wanneer die geen regelmatige offerte heeft ingediend.

21. In de mate dat de verzoekende partijen nog aanvoeren dat de bestreden beslissing niet voldoet aan de formelemotiveringsplicht, tonen zij niet aan dat de meegedeelde motivering niet afdoende was teneinde hen in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen hun onregelmatigverklaring te verweren met de middelen die het recht hen ter beschikking stelt. Het tegendeel blijkt veeleer uit het verzoekschrift waarin zij die motieven omstandig betwisten.

22. Ook het tweede middel is niet ernstig gebleken.

VII. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Aswebo tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 21 januari 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest