

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 226.754 van 13 maart 2014
in de zaak A. 203.790/XII-6859**

In zake: de NV HERBOSCH-KIERE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk De Keuster
kantoor houdend te 2970 Schilde
Eekhoornlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV WATERWEGEN EN ZEEKANAAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Willem Slosse
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 64 bus 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ontvangen op 27 februari 2012, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van Waterwegen en Zeekanaal nv [van 21 december 2011] met betrekking tot de gunningsbeslissing van de overheidsopdracht voor aanneming van werken: Zeeschelde LO te Kruibeke, GOG KBR Bodemsaneringsproject Scheldedijk Kruibeke – Bestek 16EI/11/49”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 223.938 van 18 juni 2013 is het debat heropend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 december 2013.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk De Keuster, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Diana Islamaj, die loco advocaat Willem Slosse verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De nv Waterwegen en Zeekanaal schrijft een openbare aanbesteding uit voor aanneming van werken, namelijk een bodemsaneringsproject langsheen de Scheldedijk te Kruibeke. Uiterste datum van indiening van de offertes is 20 september 2011. De opdracht wordt beheerst door het bestek met nr. 16EI/11/49.

3.2. De verzoekende partij is één van de elf inschrijvers die een offerte indienen. Haar bod is het tweede laagste.

3.3. Met een brief van 22 september 2011 vraagt de aanbestedende overheid aan de verzoekende partij “in het kader van het regelmatigheidsonderzoek in toepassing van art. 110, § 3 en § 4 van het KB van 08/01/1996” een prijsverantwoording, “enerzijds een algemene toelichting i.v.m. de wijze waarop de prijzen zijn opgebouwd” en “anderzijds een gedetailleerde

prijsverantwoording op basis van de inzet van personeel, materieel, materiaal, algemene kosten en winsten van [bepaalde] posten”.

Met een brief van 5 oktober 2011 antwoordt de verzoekende partij. Voor de posten 6 en 7 wijst zij op een procedé van het zeven van het stortmateriaal:

“Post 6: Uit- en afgraven en stockeren stortmateriaal	75.000 m³
Post 7: Uit- en afgraven, afvoeren en verwerken/storten stortmateriaal	45.000 ton/1,6 ton/m³= 28.125 m³
Totaal te verwerken materiaal	103.125 m³
Werkomschrijving:	<p>Bij plaatsbezoek hebben wij vastgesteld dat het stortmateriaal zeer veel grond bevat. Op basis van onze inschatting bedraagt de verhouding grond/stort minstens 50 % grond en 50 % stortmateriaal, waarbij wij ervan overtuigd zijn dat de fractie grond nog groter zal zijn.</p> <p>Uit de analyses toegevoegd in het beschrijvend bodemonderzoek kan afgeleid worden dat een groot gedeelte van de grond zal kunnen afgezet worden voor bouwkundig bodemgebruik. (zie advies milieudeskundige)</p> <p>Onze werkmethode zal erin bestaan om de volledige stortmassa af te zeven waardoor we 2 restfracties krijgen, stortmateriaal enerzijds en grond anderzijds. Het stortmateriaal en de grond die niet bruikbaar is voor bouwkundig bodemgebruik zal verwerkt worden in de stortzone voorzien in het werk. De resterende grondoverschot zal afgevoerd worden buiten de werf naar een plaats van herbruik.</p> <p>De uit te voeren handelingen zijn opgenomen in stappenplan als volgt:</p> <p>Zeven van het stortmateriaal</p> <p>Dus na zeven hebben we volgende situatie:</p> <p>103.125,00 m³ x 0,50= 51.562,50 m³ Grond (post 6: 37.500 m³ en post 7: 14.062,5 m³)</p> <p>103.125,00 m³ x 0,50= 51.562,50 m³ Stortmateriaal (post 6: 37.500 m³ en post 7: 14.062,5 m³)</p> <p>Stap 2:</p> <p>De afgezeefde stortfractie wordt door een wiellader naar de stortlocatie binnen de werf gebracht en daar verwerkt door een bull.</p> <p>Stap 3:</p> <p>De afgezeefde fractie grond wordt in hopen gezet en door een erkend labo bemonsterd conform de geldende milieuwetgeving.</p> <p>Op basis van de analyses die bij het bestek gevoegd zijn schatten wij in dat 70 % van deze grond geschikt is om te herbruiken als bouwkundig bodemgebruik en 30 % niet kan herbruikt worden en als stortmateriaal dient beschouwd te worden.</p> <p>Situatie na bemonsteren:</p> <p>51.562,50 m³ x 0,70= 36.093,75 m³ Bouwkundig bodemgebruik (post 6:26.250 m³ en post 7: 10.500 m³)</p> <p>51.562,50 m³ x 0,30= 15.468,75 m³ Grond niet geschikt voor bouwkundig bodemgebruik (post 6: 11.250 m³ en post 7: 4.218,75 m³)</p> <p>Stap 4:</p> <p>Afvoeren grond geschikt voor bouwkundig bodemgebruik 36.093,75 m³</p> <p>Stap 5:</p> <p>Laden, vervoeren en bergen van grond, niet geschikt voor bouwkundig bodemgebruik, in stortzone op de werf 15.468,75 m³</p> <p>Conclusie:</p> <p>Totaal stortmateriaal geborgen in stort binnen de werf 67.031,25 m³</p> <p>Totaal grond geschikt voor bouwkundig bodemgebruik 36.093,75 m³</p> <p>103.125,00 m³”.</p>

Op 15 december 2011 wordt het gunningsverslag opgesteld. Bij de rubriek prijsonderzoek wordt in verband met de offerte van de verzoekende partij het volgende opgemerkt:

- “Aan Herbosch-Kiere nv werd prijsverantwoording gevraagd voor de posten:
- 4: Aankoop, levering en verwerking vette grondspecie ten behoeve van afdeklaag (bouwkundig bodemgebruik)
 - 5: Uitgraven en tijdelijk stockeren grond
 - 6: Uit- en afgraven en stockeren stortmateriaal
 - 7: Uit- en afgraven, afvoeren en verwerken/storten stortmateriaal

Het bestek schrijft op basis van het goedgekeurde bodemsaneringsproject voor om via post b21.10.13. 'Uit- en afgraven, afvoeren en verwerken/storten stortmateriaal' een bepaalde hoeveelheid stortmateriaal af te voeren, en laat de mogelijkheid open om dit af te voeren stortmateriaal effectief naar een stortplaats categorie 2 te voeren, zoals voorgesteld in het BSP, of om dit af te voeren stortmateriaal al dan niet gedeeltelijk extern te verwerken om eventuele storkosten te drukken. De opmeting en verrekening van deze post dient volgens het bestek te gebeuren op basis van weegbonnen van de plaats van verwerking en/of storten.

Herbosch-Kiere nv toont door middel van de op 5 oktober 2011 verkregen prijsverantwoording aan dat het stortmateriaal lokaal gezeefd zal worden. Door het stortmateriaal ter plaatse te zeven, zou het volume effectief stortmateriaal verminderen en de lokaal voorziene stortcapaciteit volstaan. De overige zeefdoorval wordt grotendeels als herbruikbare grondspecie bestempeld en afgevoerd. Er wordt dus geen stortmateriaal afgevoerd.

Deze werkwijze is niet conform de essentiële besteksbepalingen, met name de technische specificaties van het bijzonder bestek. Deze niet-conformiteit leidt zoals bepaald in artikel 110 §2 van het KB van 8 januari 1996 tot de substantiële onregelmatigheid en bijgevolg tot de nietigheid van de offerte."

De offertes van twee andere inschrijvers die de laagste (de nv DEC) en de derde laagste prijs (de nv Aertssen) hadden geboden, worden ook als onregelmatig aangemerkt.

3.4. Bij beslissing van 21 december 2011 wordt de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig verklaard en de opdracht gegund aan de nv Ghent Dredging die de vierde laagste offerte doch de laagste regelmatige offerte indiende.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

A. Tijdigheid van het beroep

4. In het voormeld arrest nr. 223.938 wordt onder randnummer 8 ambtshalve opgemerkt dat de vraag rijst of het beroep nog tijdig was gelet op de termijnvereiste gesteld in artikel 65/23, §§ 1 en 2, van de wet van 24 december 1993 'betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten'.

Aangezien, zoals hierna zal blijken, het enig middel ongegrond is, dient op deze problematiek evenwel niet nader te worden ingegaan.

B. Exceptie van gebrek aan belang

5. De verwerende partij werpt als exceptie op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het beroep omdat de offerte van de nv DEC lager is dan die van haar en zij niet aantoont dat de offerte van de nv DEC onregelmatig zou blijken.

Beoordeling

6. Aangezien, zoals hierna zal blijken, het enig middel ongegrond is, dient op deze problematiek niet nader te worden ingegaan.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert de schending aan “van het artikel 110, §2 en 3 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996; de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zijnde het beginsel van de zorgvuldigheid en de materiële motivering; het beginsel patere legem [quam] ipse fecisti; het artikel B21.10.13 ‘Uit- en afgraven, afvoeren en verwerken/storten stortmateriaal D. Uitvoering (39/57) van het bestek’”.

De verzoekende partij merkt op dat het bestek niet verbiedt om de stortmassa lokaal uit te zeven en vervolgens het stortmateriaal te stockeren op de site en de restfractie af te voeren.

Post 6 van het bestek voorziet erin dat een gedeelte van de uitgegraven stortmassa lokaal kan worden gestockeerd (VH 75.000 m³) en post 7 van het bestek bepaalt dat een ander gedeelte (VH 45.000 ton) moet worden afgevoerd.

Het bestek bepaalt echter in artikel b.21.10.13.D (post 7) het volgende:

“Na opladen en afvoeren van de werf wordt het stortmateriaal eigendom van de aannemer. Het Bodemsaneringsproject (BSP) vermeldt dat het ontgraven stortmateriaal voldoet aan de Vlarem-voorwaarden voor een categorie 2 stortplaats. Het staat de aannemer echter vrij om het af te voeren stortmateriaal binnen de geldende milieuwetgeving en rekening houdend met de analyseresultaten terug te vinden in de BSP in bijlage, te verwerken om zo eventueel de hoeveelheid eigenlijk te storten materiaal te verminderen en aldus de kostprijs te drukken.”

De verzoekende partij heeft naar eigen zeggen van deze clause gebruik gemaakt om de stortmassa lokaal uit te zeven zodat beide fracties worden gescheiden. De grove fractie wordt gestockeerd op de site binnen de toegelaten stortcapaciteit van het bestek; de restfractie wordt afgevoerd buiten de werf. Deze methode is geenszins verboden.

De aanbestedende overheid heeft het eigen bestek geschonden door zich te beroepen op een “essentiële besteksbepaling” die nergens in het bestek is opgenomen. De aanbestedende overheid citeert in haar aanbestedingsverslag trouwens een citaat dat wezenlijk verschilt van de besteksbepaling zelf, namelijk de aanbestedende overheid heeft het woordje “extern” toegevoegd bij het verwerken van het stortmateriaal. Ook wordt nergens vermeld in dit aanbestedingsverslag welke besteksbepaling precies zou zijn geschonden.

Slotsom is dan ook dat de offerte van de verzoekende partij ten onrechte als substantieel onregelmatig is afgewezen.

8. De verwerende partij betoogt in haar memorie van antwoord dat de door de verzoekende partij voorgestelde handelwijze strijdt met essentiële besteksbepalingen, onrealistisch is en de vergelijkbaarheid tussen de offertes onmogelijk maakt.

Het zeven van het stortmateriaal ter plaatse is niet verenigbaar met het geheel van de besteksbepalingen en met het bodemsaneringsproject. Het

bestek voorziet niet in de mogelijkheid om het stortmateriaal te zeven; enkel gedeeltelijk stockeren ter plaatse (post 6) en gedeeltelijk afvoeren (post 7) is toegelaten. De verzoekende partij verantwoordt niet waarom zij geen stortmateriaal afvoert waardoor zij de met dit artikel overeenstemmende meetstaat niet respecteert waarin, voor de beide deelcontracten samen, vermeld wordt dat er 45.000 ton stortmateriaal moest worden afgevoerd. In de offerte van de verzoekende partij wordt er enkel vermeld dat er grond geschikt voor bouwkundig bodemgebruik zou worden afgevoerd. Aldus wordt aan post 7 –de verzoekende partij zal 0 ton stortmateriaal afvoeren– een totaal nieuwe invulling gegeven en is een vergelijking tussen de offertes onmogelijk.

De door de verzoekende partij voorgestelde werkwijze is ook, zo vervolgt de verwerende partij, onrealistisch. Noch in het bestek, noch in de meetstaat wordt voorzien in bijkomende handelingen en posten voor de zeefinstallatie en de weegschaal. De veronderstelling in de offerte van de verzoekende partij dat de totale stortfractie ter plaatse zal kunnen worden gestockeerd houdt een groot risico in; bij foute inschatting zal er wel stortfractie moeten worden afgevoerd “waardoor de begroting van de kosten niet langer correct zou zijn”.

De werkwijze van de verzoekende partij is ook onverenigbaar met het bodemsaneringsplan (BSP) waarin niet voorzien is in de zeefmethode. In het BSP wordt een afweging gemaakt tussen vier verschillende mogelijkheden voor de bestemming van het ontgraven materiaal. In het bestek wordt geopteerd voor de vierde mogelijke oplossing waarbij een deel van het stortmateriaal moet worden afgevoerd. Welnu, de verzoekende partij stelt wel voor om materiaal af te voeren doch geen stortmateriaal.

9. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij opnieuw dat, volgens het bestek, het haar vrij stond om het af te voeren stortmateriaal “te verwerken om zo eventueel de hoeveelheid eigenlijk te storten materiaal te verminderen en aldus de kostprijs te drukken”.

Bovendien, zo oppert de verzoekende partij, vertrekt de verwerende partij van het foutieve uitgangspunt dat zij geen stortmateriaal zou

afvoeren; zij merkt op dat het volume *ad* 36.093,75 m³, grond geschikt voor bouwkundig bodemgebruik die zij na zeven en afscheiding van de grond niet geschikt voor dit gebruik zal afvoeren, wel degelijk stortmateriaal is.

Ook betoogt zij dat het bestek nergens verbiedt dat het stortmateriaal wordt gezeefd.

Ten slotte meent zij dat het BSP ook het zeven niet verbiedt. “Wel integendeel, het BSP en het bestek bepalen dat het stortmateriaal maximaal ter plaatse moet worden behouden [...]”

10. In haar laatste memorie voert de verzoekende partij aan dat zij wel degelijk het bestek naleeft wanneer dit voorschrijft dat er stortmateriaal moet worden afgevoerd; zij heeft dit zo voorgesteld. De door haar voorgestelde hoeveelheid af te voeren grond maakt deel uit van het stortmateriaal. Deze grond zal kunnen worden gebruikt voor opbouw van dijken en geluidswallen en daar zal het worden verwerkt en gestort na weging. De vierde oplossing van het BSP voorziet in afvoer van stortmateriaal en de offerte van de verzoekende partij voldoet daar dus aan.

Beoordeling

11. De verwerende partij heeft de offerte van de verzoekende partij onregelmatig verklaard wegens strijdigheid met artikel b21.10.13 van het bestek, bepaling waarin de verwerende partij leest dat er een gedeelte van het stortmateriaal moet worden gestockeerd op het terrein zelf en een gedeelte van dit stortmateriaal moet worden afgevoerd om te verwerken. Het ter plaatse zeven van het stortmateriaal, zoals de verzoekende partij voorstelt, waardoor slechts grond, verkregen na het zeven, wordt afgevoerd, is dan ook volgens de verwerende partij in strijd met het bestek. De verwerende partij meent dat die grond geen stortmateriaal is, de verzoekende partij meent van wel.

12. In de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat de verzoekende partij niet kan worden gevolgd in haar stelling dat zij heeft voorgesteld om stortmateriaal af te voeren.

In haar prijsverantwoording vermeldt de verzoekende partij uitdrukkelijk dat van de grond na zeven van het stortmateriaal er 30% moet worden beschouwd als niet geschikt voor bouwkundig bodemgebruik “en als stortmateriaal dient beschouwd te worden”, te storten in stortzone op de werf, en dit in tegenstelling tot de 70% grond die wel geschikt is voor bouwkundig bodemgebruik en dus niet wordt aanzien als stortmateriaal. Hieruit volgt onomstotelijk dat de verzoekende partij zelf in haar offerte aangeboden heeft geen stortmateriaal buiten de werf te storten.

13. De verzoekende partij erkent in haar laatste memorie zelf dat de vierde oplossing van het BSP voorziet in het afvoeren van een gedeelte van het stortmateriaal. Dit BSP maakt deel uit van het bestek in de mate dat het bestek uitdrukkelijk de vierde oplossing voorschrijft.

De offerte van de verzoekende partij is in strijd met deze bepaling.

14. Artikel b21.10.13 van het bestek bepaalt uitdrukkelijk dat het gewicht van het stortmateriaal wordt bepaald op de plaats van het verwerken of het storten en wordt aangetoond aan de hand van weegbonnen. Dit wijst op extern verwerken en/of storten.

De repliek van de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord dat de grond die zij afvoert wel degelijk extern zal worden gewogen, gaat niet op; deze grond mag, zoals zij zelf in haar prijsverantwoording aangaf, niet worden beschouwd als stortmateriaal.

15. Conclusie van dit alles is dat de verwerende partij terecht de offerte van de verzoekende partij onregelmatig heeft verklaard; de door de verzoekende partij gevolgde werkwijze verhindert het vergelijken van de verschillende offertes.

16. Het middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 maart 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest