RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 227.417 van 15 mei 2014
in de zaak A. 212.245/XII-7647

In zake: 1. de NV BALLAST NEDAM ENVIRONMENTAL ENGINEERING
2. de BV BALLAST NEDAM INFRA
samen vormend de THV BALLAST NEDAM INFRA EE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Gregory Verhelst
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

VLAAMSE VERVOERSMAATSCHAPPIJ - DE LIJN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Lindemans
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV ACLAGRO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 april 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap

Vlaamse Vervoersmaatschappij De Lijn van 2 april 2014 waarbij de offerte van verzoekende partijen onregelmatig werd verklaard binnen de procedure van openbare aanbesteding voor de aanneming van werken betrekking hebbende op bodemsaneringswerken en rooiwerken op een site te Gent, Wissenhage/Wondelgemse Meersen (bestek nr. PG0007 20324A-B), en de opdracht werd gegund aan de nv Aclagro".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 5 mei 2014 heeft de nv Aclagro gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 mei 2014, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Peter Flamey en advocaat Bert Van Weerdt, die loco advocaat Gregory Verhelst verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaat Dirk Lindemans, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Anthony Verheggen, 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 open aanbesteding uit voor een opdracht van werken, in de aankondiging genoemd "PG0007-20324A-B – Wissenhage – bodemsaneringswerken en rooiwerken".

De geraamde waarde van de opdracht bedraagt 1.889.916 euro. Het dossier verduidelijkt niet of de btw al dan niet inbegrepen is.

3.2. De opdracht wordt op 19 december 2013 aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen. Terechtwijzende berichten nr. 1, nr. 2 en nr. 3 worden bekendgemaakt op respectievelijk 8, 22 en 27 januari 2014. Op die laatste datum wordt ook een nieuwe aankondiging bekendgemaakt .

3.3. Op deze opdracht is het bestek nr. PG0007 20324A-B van toepassing , zoals gewijzigd door de terechtwijzende berichten nr. 1, nr. 2 en nr. 3.

Het vierde deel van het bestek bevat de "Bijzondere technische bepalingen en Beschrijving der Werken". Afdeling 1 betreft de saneringswerken en omschrijft in artikel 1.4 omstandig de uit te voeren werken. Daaruit blijkt samengevat onder meer dat het terrein in kwestie in de toekomst ingericht zal worden als stel- en werkplaats voor trams en autobussen, dat op dat terrein vroeger stortactiviteiten en afvalverbranding plaatsgrepen, dat het stortmassief en de storthoudende ophooglaag verontreinigd is met zware metalen, PAK's en minerale olie, dat er op bepaalde plaatsen sprake is van VOCl (Vluchtige Organische Chloor) kernen, dat "aangepakt moeten worden: de stortzone, de zone ter hoogte van de bezinkingspool en de kernen aan gechloreerde solventen" en dat "de uit te voeren werken zich beperken tot het afgraven van het industriële stort en de sterkt verontreinigde gronden".

Artikel 1.4.1 betreft de "Totale volumebalans uit te graven gronden" en luidt, rekening houdend met de vervanging van tabellen 7 en 8 door tabellen 7*bis* en 8*bis* bij terechtwijzend bericht nr. 1:

"1.4.1 Totale volumebalans uit te graven gronden

[…]

Tabel 6: overzicht af te graven hoeveelheden afval en grond

[…]
4. De materialen die vrijkomen tijdens het afgraven van de VOCI-kernen zullen na fysico-chemisch reinigen gezeefd worden. Tijdens het zeven komt ca 20% puin vrij, het resterend gedeelte is (puinhoudende) grond.

Tabel 7bis **:** Volume – en massabalans uitgraving saneringswerken
[…]
Bij het puin en de gronden die vrijkomen tijdens de graafwerken wordt aangenomen dat 60% recupereerbaar en het hergebruiken is op de werf, 40% dient gereinigd te worden. Alle materialen die vrijkomen tijdens het afgraven van de VOCl-kernen dienen sowieso fysico-chemisch gereinigd te worden. In tabel [8bis] is een massabalans te vinden van de hoeveelheden uit te graven en te reinigen gronden en puin per reinigingstechniek. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt in hoeveelheid te reinigen puin en grond".

Artikel 1.4.4 betreft het "Uitvoeren van de saneringswerken" en bevat onder A.2 "Uitvoering" onder meer in tabel 10 "de massabalans na verwerkings- en reinigingstechniek". Deze tabel werd bij terechtwijzend bericht nr. 1 vervangen door de volgende tabel 10*bis*:

"Tabel [10]*bis*: Massabalans naar verwerkings- en reinigingstechniek

Verwerkings- en Reinigingstechnieken	Gewicht (ton)		
Recuperatie ter plekke van de afgegraven licht verontreinigde ophogingslaag	5.556	Puin	1.839
		Grond	3.717
Rechtstreeks afvoeren van het afgegraven materiaal van de VOCI-kernen naar GRC voor Fysicochemisch reinigen	4.247	Puin	850
		Grond	3.397
Fysicochemisch reinigen van sterk verontreinigde Ophogingslaag	7.663	Puin	2.018
		Grond	5.645
Afvoeren naar een daartoe geschikte stortplaats	6.066	Stort-Materiaal	6.066
Totaal	23.532		

"

Dit artikel A.2 stelt verder onder meer:

"De materialen die vrijkomen tijdens het uitgraven van de VOCl-kernen worden na afgraven onmiddellijk afgevoerd naar de eindbestemming, namelijk een grondreinigingscentrum waar de materialen na fysicochemisch reinigen gezeefd worden."

De bij het bestek gevoegde en bij terechtwijzend bericht nr. 3 vervangen samenvattende meetstaat, bevat een post 1.3.16 ‘Fysico-chemisch reinigen van puin en puinhoudende gronden’ met een vermoedelijke hoeveelheid van 11.910 ton.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 4 februari 2014. Uit het gunningsverslag blijkt dat 13 offertes werden ingediend. De verzoekende partijen dienden met 775.000 euro, btw niet inbegrepen, de laagste offerte in; de nv Aclagro met 870.343,70 euro, de tweede laagste:

“

	Inschrijver	bedrag (excl. BTW)
1	Ballast Nedam […]	€ 775.000,00
2	Aclagro NV […]	€ 870.343,70
[…]		
12	THV Jan De Nul – Envisan […]	€ 1.228.283,79
13	Lareco-Bornem NV[…]	€ 1.515.774,90

”.

3.5. Bij brief van 24 februari 2014 vraagt de verwerende partij “overeenkomstig art. 21 § 3 van het KB van 16.07.2012” aan de verzoekende partijen haar binnen 12 kalenderdagen volgend op de verzendingsdatum van die brief “de nodige schriftelijke verantwoording te verstrekken over de samenstelling van de eenheidsprijs” voor de posten 1.1.2 “Werfinrichting” en 1.3.16 “Fysico-chemisch reinigen van puin en puinhoudende gronden” .

Op 26 februari 2014 stelt het studiebureau Technum een overzicht op van de posten die bepalend zijn voor de inschrijvingsprijs van de drie laagste inschrijvers, wijst zij onder meer op de grote prijsverschillen voor post

1.3.14 “Afvoeren en storten van stortmateriaal op klasse I” en voormelde post 1.3.16 en adviseert zij dat het raadzaam is om minstens voor deze posten een gedetailleerde prijsverantwoording op te vragen.

Bij brief van 27 februari 2014 vraagt de verwerende partij de verzoekende partijen ook voor die post 1.3.14 binnen 12 kalenderdagen “de nodige schriftelijke verantwoording te verstrekken”.

Bij brief van 6 maart 2014 delen de verzoekende partijen een prijsverantwoording voor deze posten mee.

Bij e-mail van 13 maart 2014 maakt het studiebureau Technum een aantal opmerkingen bij de verantwoording voor posten 1.3.14 en 1.3.16.. Bij die laatstgenoemde post wordt opgemerkt:

> “Bij de aangeleverde prijsverantwoording heb ik volgende bedenkingen:
> 1. De offerte van ‘Bichterweerd’ waarop de prijsverantwoording gesteund is, is opgemaakt zonder enige vermelding van datum. Er kan onmogelijk gesteld worden of dit een offerte betreft in het kader van de aanbesteding dan wel dit een offerte betreft die nagestuurd werd ter staving van de prijsverantwoording. Trouwens een loutere verwijzing naar de prijzen van de onderaannemer vermeerderd met een winstmarge, wat hier voor alle duidelijkheid niet is gebeurd, wordt niet in aanmerking genomen als rechtvaardigingsgrond door de rechtspraak;
> 2. De kostprijs van het fysicochemisch reinigen van gronden en puin wordt bepaald door de reinigingskost, door de kost van de afzet van het gereinigde materiaal en tenslotte vooral door de kost van de te storten slibfractie. De opdeling tussen 3167 ton à 33,50 €/ton en 5875 ton à 22,00 €/ton, is artificieel. In het bestek zijn er geen elementen aanwezig die een verschillende verontreinigingsgraad en meer nog een verschillende textuur (die resulteert in een verschillende stortkost), kunnen rechtvaardigen. Ballast Nedam geeft geen enkele verantwoording, behalve voor de grond afkomstig van de ophogingslaag, van de verschillende toegepaste eenheidsprijzen inzake het te storten residu;
> 3. Een aandeel van 850 ton wordt beschouwd als direct te hergebruiken op GRC Zutendaal en dus niet te reinigen. Dit is in tegenspraak met het bestek. Immers, het puin is afkomstig van de VOCl-kernen. Het bestek vermeldt hierover het volgende: ‘Alle materialen die vrijkomen tijdens het afgraven van de VOCl-kernen dienen sowieso fysico-chemisch gereinigd te worden…De materialen die vrijkomen tijdens het afgraven van de VOCl-kernen zullen na fysicochemisch reinigen gezeefd worden. Tijdens het zeven komt ca. 20% puin vrij; het resterend gedeelte is (puinhoudende)

grond.' De inschrijver houdt hiermee geen rekening en gaat er verkeerdelijk vanuit dat het puin zonder reiniging kan hergebruikt worden;"

3.6. Op 18 maart 2014 wordt een gunningsverslag opgesteld. Daarin worden alle inschrijvers geselecteerd. Alle offertes behalve de offerte van BSV worden administratief regelmatig bevonden en er wordt bij het "Technisch nazicht" vastgesteld dat uit het nazicht van de inschrijvingen geen onregelmatigheden op technisch vlak blijken. Vervolgens bevat dit gunningsverslag een "Rekenkundig nazicht" en het volgende "Nazicht van de inschrijvingsprijzen":

"Algemeen wordt vastgesteld dat de in de offertes de opgegeven eenheidsprijzen zeer uiteenlopend zijn.
Bij het nazicht van de inschrijvingsprijzen werd onderzoek verricht naar abnormaal lage of hoge offerteprijzen overeenkomstig het art. 98§2 van het KB van 16 juli 2012. Dit gemiddelde werd berekend op 933 728,99 euro.
Op basis hiervan noopt de offerte van Ballast-Nedam tot een prijsonderzoek vermits deze offerte (totaal bedrag = 775 000 euro) meer dan 15% onder het gemiddelde gelegen is, berekend volgens art. 98§2, hetzij lager dan 15% onder 933 728,99 euro (of lager dan 793 669,64 euro).
Voor de laagste inschrijving (Ballast-Nedam) werd, gelet op de blijkbaar lage totale inschrijvingsprijs, een prijsverantwoording gevraagd voor de posten die 5% of meer van het inschrijvingsbedrag vertegenwoordigen.
Voor deze posten werd een verantwoording van de eenheidsprijs gevraagd aan Ballast-Nedam op 24/12/2014 en 27/2/2014. De verantwoording werd door Ballast-Nedam verstrekt met het schrijven van 6/3/2014.
Uit dit antwoord blijkt dat de elementen in de prijsverantwoording voor post 1.3.16 – Fysicochemisch reinigen van puin en puinhoudende gronden – afwijken van de voorschriften van het bijzonder bestek PG0007-20324A-B. Uit deze prijsverantwoording kan worden afgeleid dat een aandeel van 850 ton wordt beschouwd als direct te hergebruiken op GRC Zutendaal en dus niet te reinigen is. Dit is in tegenspraak met het bestek. Immers, het puin is afkomstig van de VOCI-kernen. Het bestek vermeldt hierover het volgende: 'Alle materialen die vrijkomen tijdens het afgraven van de VOCI-kernen dienen sowieso fysico-chemisch gereinigd te worden...' en 'De materialen die vrijkomen tijdens het afgraven van de VOCI-kernen zullen na fysicochemisch reinigen gezeefd worden. Tijdens het zeven komt ca. 20% puin vrij, het resterend gedeelte is (puinhoudende) grond.' De inschrijver houdt hiermee geen rekening en gaat er verkeerdelijk vanuit dat het puin zonder reiniging kan hergebruikt worden.
Op basis hiervan ziet het bestuur zich verplicht de prijsverantwoording af te wijzen en de offerte als onregelmatig te beschouwen.

> Voor de regelmatige inschrijvingen van Aclagro (voorlopig 2e gerangschikt) en Herbosch-Kiere (voorlopig 3e gerangschikt na uitsluiting BSV) werd eveneens een prijsverantwoording gevraagd van de eenheidsprijs van sommige posten die minstens 5% van de inschrijvingsprijs uitmaken. De prijsverantwoording van Aclagro NV en Herbosch-Kiere geven geen aanleiding tot opmerkingen.
> De betreffende prijsverantwoordingen van deze 3 voormelde inschrijvers worden als bijlage gevoegd."

In het besluit wordt de eindrangschikking opgesteld en voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Aclagro voor een totaalbedrag van 870.343,70 euro, btw niet inbegrepen, waarvan 832.153,40 euro voor "Afdeling 1 – Bodemsaneringswerken" en 38.200 euro voor "Afdeling 2 – Rooiwerken en afsluitingen".

3.7. Een nota aan de raad van bestuur stelt, met verwijzing onder meer naar de resultaten van de open aanbesteding en het gunningsverslag, vast dat 11 inschrijvingen regelmatig werden bevonden, dat de offertes van Ballast-Nedam en BSV moeten worden uitgesloten "wegens een materiële onregelmatigheid (zie gunningsverslag)" en dat de laagste regelmatige inschrijving werd ingediend door de nv Aclagro. Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Aclagro "voor een totaalbedrag van 870.343,70 euro, btw niet inbegrepen, waarvan 832.153,40 euro voor "Afdeling 1 – Bodemsaneringswerken" en 38.200 euro voor "Afdeling 2 – Rooiwerken en afsluitingen".

Deze nota wordt op 2 april 2014 door de raad van bestuur van de verwerende partij goedgekeurd. Tegelijk ondertekent de voorzitter van de raad van bestuur "namens de raad van bestuur" een "gemotiveerde beslissing van toewijzing" in die zin.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing die ook de onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partijen omvat.

Bij blijkbaar aangetekende brief van 4 april 2014 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partijen mee dat hun offerte onregelmatig is

beschouwd. De gemotiveerde gunningsbeslissing wordt bijgevoegd. Er wordt verwezen naar de wachttermijn van 15 dagen.

3.8. Op 18 april 2014 dienen de verzoekende partijen de voorliggende vordering in tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

IV. Tussenkomst

4. De verzoekende partij tot tussenkomst 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. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

6. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

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

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Beoordeling van de eerste schorsingsvoorwaarde

Uiteenzetting van het enige middel

7.1. De verzoekende partijen voeren een enig middel aan dat zij als volgt verwoorden:

> " Enig middel, genomend uit de schending van artikel 53, § 1, van de Overheidsopdrachtenwet, van art. 4 van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, van de artikelen 21, 94, 98 en 99 van het K.B. van 16 juli 2012 Plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren, van de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel en het patere legem quam ipse fecisti-beginsel, en wegens de ontstentenis van de vereiste juridische en feitelijke grondslag;
>
> Doordat, de bestreden beslissing de offerte van de verzoekende partijen onregelmatig verklaart omwille van de omstandigheid dat uit de verstrekte prijsverantwoording zou blijken dat niet de volledige hoeveelheid van post 1.3.16 'Fysico-chemisch reinigen van puin en puinhoudende gronden' van de meetstaat zou worden behandeld, hetgeen als een substantiële onregelmatigheid wordt beschouwd;
>
> Dat de verwerende partij de verstrekte prijsverantwoording in die zin interpreteert dat 850 ton van de 11.910 ton van post 1.3.16 'Fysico-chemisch reinigen van puin en puinhoudende gronden' van de meetstaat als direct te hergebruiken zou worden bestempeld in de offerte van de verzoekende partijen".

Vervolgens wordt na de term "Terwijl" overheen acht bladzijden een niet nader gestructureerd betoog ontwikkeld met beschouwingen die feitelijke gegevens betreffen, grieven en interpretaties van geschonden geachte rechtsnormen, sommige in de hiervoor aangehaalde kop van het middel vermeld, andere niet.

Door een dergelijke opbouw van het middel leent het zich moeilijk tot de snelle toetsing die aan de Raad van State wordt opgelegd in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zoals de onderhavige. De Raad ziet zich dan ook genoodzaakt hierna zijn onderzoek te beperken tot de grieven die *prima facie* duidelijk zijn en ook zoals deze begrepen zijn door de verwerende partij en de tussenkomende partij.

7.2. In wat de verwerende partij en de tussenkomende partij beschouwen als een eerste onderdeel, betogen de verzoekende partijen, samengevat, dat de verwerende partij de verstrekte prijsverantwoording "in die zin interpreteert dat 850 ton van de 11.910 ton van post 1.3.16 'Fysico-chemisch reinigen van puin en puinhoudende gronden' van de meetstaat als direct te hergebruiken zou worden bestempeld in de offerte van de verzoekende partijen", maar dat niet kan worden ingezien waarom de externe reiniging van 850 ton puin, binnen de totaliteit van de gehele opdracht die voorziet in bodemsaneringswerken op een specifiek terrein, zou moeten worden beschouwd als een essentiële besteksbepaling en dat noch in de bestreden beslissing noch in de kennisgevingsbrief van 4 april 2014 wordt gemotiveerd waarom aldus afgeweken zou worden van een essentiële besteksbepaling.

In wat de verwerende partij en de tussenkomende partij beschouwen als een tweede onderdeel, betogen de verzoekende partijen, samengevat, dat de interpretatie van hun prijsverantwoording door de verwerende partij manifest onjuist is en dat zij wel degelijk ook die 850 ton fysico-chemisch reinigen.

Zij steunen zulks in wezen op de volgende elementen:

- uit de ingevulde samenvattende meetstaat bij de offerte blijkt duidelijk dat de verzoekende partijen een prijs opgeven voor de volledige hoeveelheid van 11.910 ton voor wat betreft post 1.3.16 ‘Fysico-chemisch reinigen van puin en puinhoudende gronden’; door het indienen van hun offerte, waarin geen enkel voorbehoud wordt gemaakt, hebben de verzoekende partijen zich bijgevolg geëngageerd tot de uitvoering van de volledige opdracht conform de technische bepalingen van het bestek, met inbegrip van alle bijlagen bij het bestek; de instemming van verzoekende partijen met het volledig bestek blijkt aldus uit hun offerte en de ingevulde eenheidsprijs voor de volledige hoeveelheid te reinigen bodem van post 1.3.16, te weten 11.910 ton;

- de verzoekende partijen hebben in geen geval de hoeveelheid van post 1.3.16 verbeterd met toepassing van de artikelen 82 of 83 van het koninklijk besluit “plaatsing speciale sectoren” en hebben niet aangegeven dat een bepaalde hoeveelheid puin van post 1.3.16 geen fysico-chemische reiniging zou behoeven;

- de concrete weergave van de samenstelling van de eenheidsprijs voor post 1.3.16 in hun prijsverantwoording doet hieraan geen afbreuk:

> “Dat de prijsverantwoording een oplijsting biedt van de kostprijs van de afvoer van de verschillende onderde[len] van de bodem die een fysico-chemische reiniging dienen te ondergaan; Dat uit tabel 8 ‘Massabalans naar verwerkings- en reinigingstechniek’, zoals meegedeeld in het terechtwijzend bericht, blijkt dat 2.868 ton puin fysico-chemisch dient te worden gereinigd; Dat de prijsverantwoording dd. 6 maart 2014 een verschillende prijs opgeeft naargelang de afkomst van het puin; Dat het puin afkomstig van de verontreinigde VOCl-kernen zal worden gereinigd, maar na deze reiniging nog te gelde zal kunnen worden gemaakt: Dat het bedrag van deze tegeldemaking van 850 ton gereinigd puin hoger is dan het bedrag van de kostprijs voor de fysico-chemische reiniging van deze 850 ton puin; Dat de verdiscontering van de opbrengstprijs met de kostprijs van de reiniging een bedrag oplevert van minus 2,50 EUR per ton; Dat dit bedrag dan ook worden weergegeven in de prijsverantwoording;
> Dat de prijsverantwoording uitdrukkelijk verwijst naar de offerte van een onderaannemer, de N.V. Bichterweerd, voor de verdere onderbouwing van de opgegeven prijs van de verschillende onderdelen van de eenheidsprijs voor post 1.3.16 (zie stuk 10): Dat de offerte van deze onderaannemer een weergave biedt van prijzen voor de overname van bepaalde gronden afkomstig van de site waarop de overheidsopdracht betrekking heeft; Dat in

deze offerte geen overzicht wordt gegeven van de concrete reinigingskosten, maar wel tegen welke voorwaarden de onderaannemer bereid is om de afgegraven gronden afkomstig van de site te Gent, Wissenhage/Wondelgemse Meersen, over te nemen; Dat gezien het hergebruik van het puin afkomstig uit de VOCl-kernen een batig saldo wordt opgegeven; Dat de onderaannemer door de opgave van een prijs van -2,50 EUR per ton voor de 850 ton puin afkomstig uit de VOCl-kernen aldus aangeeft dat dit puin na de reiniging ervan nog kan worden hergebruikt en te gelde kan worden gemaakt;"

- het is bovendien manifest onredelijk om de prijsverantwoording en de offerte te interpreteren op een wijze die leidt tot een zogenaamde strijdigheid van deze documenten met de besteksbepalingen:

"Dat uit alle elementen immers blijkt dat de verzoekende partijen de volledige partij puin zoals bepaald in tabel 7*bis* 'Volume- en massabalans uitgraving saneringswerken' en tabel 8*bis* 'Massabalans naar verwerkings- en reinigingstechniek' aan een fysico-chemische reiniging zouden onderwerpen; Dat werd aangeven dat voor de concrete reiniging een beroep zou worden gedaan op een onderaannemer; Dat de offerte van deze onderaannemer dan ook stelt dat de te reinigen gronden en puin zullen worden overgenomen voor de noodzakelijke behandeling; Dat verzoekende partijen voor de indiening van hun offerte kennis hebben genomen van de technische bepalingen van het bestek en van de technische nota met betrekking tot de bodembehandeling; Dat de indiening van de offerte door verzoekende partijen zonder dat enig voorbehoud wordt gemaakt en zonder dat een verbetering in toepassing van de artikelen 82 of 83 van het K.B. Plaatsing speciale sectoren werd gemaakt, in alle redelijkheid diende te worden beschouwd als de instemming van de inschrijvers met alle bepalingen van het bestek, in het bijzonder deze met betrekking tot de reiniging van de bodem afkomstig van de VOCl-kernen; Dat om deze reden ook een eenheidsprijs in de offerte werd opgegeven voor de volledige hoeveelheid van de fysico-chemisch te reinigen bodem; Dat de interpretatie die de verwerende partij aan de offerte van verzoekende partij geeft dan ook manifest onredelijk en onzorgvuldig is en voorbijgaat aan de eigen bestekbepalingen;"

- de interpretatie die door de verwerende partij aan de offerte en de prijsverantwoording wordt gegeven is zeker manifest foutief en onredelijk aangezien een dergelijke foutieve zienswijze ervan uitgaat dat de verzoekende partijen de bodem afkomstig van de te reinigen site te Gent zouden afvoeren in strijd met de specifieke regelgeving van toepassing op deze materialen:

"Dat de specifieke wettelijke regels met betrekking tot uitgegraven bodem uit de VOCl- kernen verhinderen dat de uitgegraven bodem 'direct' zou worden hergebruikt; Dat de interpretatie die de verwerende partij aan de offerte van de verzoekende partijen geeft zodoende weergeeft dat de verzoekende

> partijen de specifieke wettelijke bepalingen die van toepassing zijn op uitgegraven grond en puin niet zullen naleven; Dat voor een dergelijke foutieve en tergende interpretatie geen enkele grondslag bestaat; Dat verzoekende partijen in geen enkel stuk hebben aangeduid dat zij niet de volledige tonnage van 11.910 ton van post 1.3.16 aan een fysico-chemische reiniging zullen onderwerpen; Dat de verwerende partij door de offerte van verzoekende partijen op een dergelijke wijze te interpreteren dat zij strijdig zou zijn met de specifieke wettelijke regels inzake uitgegraven bodem, de offerte op een manifest onredelijke en onzorgvuldige wijze interpreteert; Dat een dergelijke interpretatie bovendien geen rekening houdt met de eigen bestekbepalingen die duidelijk aangeven dat alle bodem afkomstig uit de VOCl-kernen dient te worden gereinigd, bepalingen waaromtrent verzoekende partijen geen enkele opmerking of voorbehoud hebben gemaakt;"

- ieder redelijk handelende aanbestedende overheid had de offerte niet *contra legem* en in strijd met de duidelijke prijsverantwoording geïnterpreteerd als zogezegd strijdig met het bestek; de offerte en de prijsverantwoording geven ontegensprekelijk weer dat alle grond en puin afkomstig uit de VOCl-kernen zal worden gereinigd.

De bewering van de verwerende partij dat uit de prijsverantwoording zou kunnen worden afgeleid dat dit puin als "direct" te hergebruiken zou worden beschouwd steunt aldus op een manifest foutieve lezing van de prijsverantwoording. De verwerende partij geeft ook niet aan waarom zulks zou blijken uit de verstrekte prijsverantwoording, zodat de motiveringsplicht wordt geschonden.

De offerte van de verzoekende partijen is bijgevolg niet onregelmatig en gezien de lagere totaalprijs van de offerte van de verzoekende partijen dan de offerteprijs van de gekozen inschrijver staat niet meer vast dat de opdracht werd gegund aan de laagste regelmatige inschrijver conform artikel 53, § 1, van de overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006.

Beoordeling

Algemeen

8. Het ingeroepen artikel 53, § 1, van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ bepaalt dat de overheidsopdrachten in principe worden geplaatst bij open of beperkte procedure, hetzij bij aanbesteding, hetzij bij offerteaanvraag die respectievelijk open of beperkte aanbesteding en open of beperkte offerteaanvraag worden genoemd, of bij onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

Deze bepaling houdt aldus niet in dat gegund moet worden aan de laagste regelmatige inschrijver zoals betoogd door de verzoekende partijen.

Dit volgt wel uit het niet-ingeroepen artikel 55 van de voormelde wet dat onder meer artikel 24 van die wet van toepassing maakt op de in titel III van die wet bedoelde opdrachten, samen genomen met dat artikel 24, dat bepaalt dat, indien de aanbestedende overheid beslist de opdracht te plaatsen bij aanbesteding, de opdracht dient te worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

9. In het middel betogen de verzoekende partijen enerzijds dat hun offerte onregelmatig wordt bevonden omdat zij 850 ton puin vervat in post 1.3.16 zouden beschouwen als direct te hergebruiken en dus niet te reinigen terwijl niet wordt gemotiveerd waarom dit, indien juist, een afwijking is van een essentiële besteksbepaling en een substantiële onregelmatigheid, en, anderzijds, dat de interpretatie dat 850 ton puin niet eerst wordt gereinigd kennelijk onjuist is.

Zij lichten in het middel niet toe hoe deze grieven een schending zouden aantonen van het ingeroepen artikel 99 van voormeld koninklijk besluit van 16 juli 2012. Behoudens in de aanhef van hun enige middel maken de verzoekende partijen in de nadere uitwerking van het middel geen enkele melding meer van dit artikel 99. Op dit punt is het middel dan ook niet ontvankelijk minstens niet ernstig.

In de huidige stand van het geding kan voorts worden vastgesteld dat in de aanhef van het middel weliswaar ook de schending wordt ingeroepen van de artikelen 21, 94 en 98 van hetzelfde koninklijk besluit maar dat in de uitwerking van het middel zelf vervolgens in essentie wordt verwezen naar artikel 94, derde lid.

In de mate dat de verwerende partij opwerpt dat evenmin de ingeroepen schending van het *patere legem* – beginsel wordt toegelicht, blijkt voldoende duidelijk uit het middel dat dit mede wordt afgeleid uit het feit dat de interpretatie door de verwerende partij van hun prijsverantwoording dat deze 850 ton niet wordt gereinigd geen rekening zou houden met het eigen bestek.

Tweede middelonderdeel

10. Hierna zal, zoals ook de verwerende partij en de tussenkomende partij deden, eerst het tweede middelonderdeel worden beoordeeld. Het eerste middelonderdeel is immers pas relevant indien het tweede middelonderdeel niet ernstig wordt bevonden.

10.1. De verzoekende partijen werden gevraagd een verantwoording te geven voor hun prijs voor post 1.3.16. Daarbij gaven zij de volgende uitsplitsing van deze post:

"Fysico-chemisch reinigen van puin

en puinhoudende gronden	11.910,00 ton	21,15	251.864,60
GRC Zutendaal; F.C. grond ophogingslaag 30,65% residue	3.167,00 ton	33,50	106.094,50
GRC Zutendaal; F.C. grond overige lagen	5.875,00 ton	22,00	129.250,00
GRC Zutendaal; F.C. puin	2.018,00 ton	8,00	16.144,00
GRC Zutendaal; herbruikbaar puin	850,00 ton	-2,50	-2.125,00
resultaat 1%	11.910,00 ton		2.501,10
algemene kosten	11.910,00 ton	0,21	2.501,10

De hoeveelheden van bovengenoemde partijen zijn afkomstig uit de tabellen 7bis, 8bis en 10bis uit het Terechtwijzend bericht.
Voor de onderbouwing van bovenstaande tarieven verwijzen wij u naar de offerte van Bichterweerd NV, welke is toegevoegd als bijlage."

Dit antwoord wordt in het reeds geciteerde gunningsverslag waarop de bestreden beslissing steunt, als volgt beoordeeld :

> "Uit dit antwoord blijkt dat de elementen in de prijsverantwoording voor post 1.3.16 - Fysicochemisch reinigen van puin en puinhoudende gronden – afwijken van de voorschriften van het bijzonder bestek PG0007-20324A-B. Uit deze prijsverantwoording kan worden afgeleid dat een aandeel van 850 ton wordt beschouwd als direct te hergebruiken op GRC Zutendaal en dus niet te reinigen is. Dit is in tegenspraak met het bestek. Immers, het puin is afkomstig van de VOCI-kernen. Het bestek vermeldt hierover het volgende: 'Alle materialen die vrijkomen tijdens het afgraven van de VOCl-kernen dienen sowieso fysico-chemisch gereinigd te worden...' en 'De materialen die vrijkomen tijdens het afgraven van de VOCl-kernen zullen na fysicochemisch reinigen gezeefd worden. Tijdens het zeven komt ca. 20% puin vrij, het resterend gedeelte is (puinhoudende) grond.' De inschrijver houdt hiermee geen rekening en gaat er verkeerdelijk vanuit dat het puin zonder reiniging kan hergebruikt worden. Op basis hiervan ziet het bestuur zich verplicht de prijsverantwoording af te wijzen en de offerte als onregelmatig te beschouwen."

In de kennisgevingsbrief van 4 april 2014 wordt dit als volgt verwoord :

> "Uit het antwoord op onze vraag naar prijsverantwoording blijkt dat de elementen in de prijsverantwoording voor post 1.3.16 - Fysicochemisch reinigen van puin en puinhoudende gronden - afwijken van de voorschriften van het bijzonder bestek PG007-20324A-B.
> Uit deze prijsverantwoording kan worden afgeleid dat een aandeel van 850 ton wordt beschouwd als direct te hergebruiken op GRC Zutendaal en dus niet te reinigen is. Dit is in tegenspraak met het bestek. Immers, het puin is afkomstig van de VOCl-kernen. Op basis hiervan ziet het bestuur zich verplicht de prijsverantwoording af te wijzen en de offerte als onregelmatig te beschouwen."

10.2. In de huidige stand van het geding kan worden vastgesteld dat de verzoekende partijen in de voormelde prijsverantwoording voor 3.167 ton grond ophogingslaag 30,65% residu, 5.875 ton grond overige lagen en 2.018 ton puin, of in totaal 11.060 ton verwijzen naar een prijs "F.C.", wat blijkbaar staat voor "Fysico-chemisch reinigen", terwijl voor de resterende 850 ton enkel wordt vermeld "herbruikbaar puin" zonder vermelding F.C. Gelet op dat gegeven, wordt in de huidige stand van het geding niet aangetoond dat de verwerende partij niet

van oordeel mocht zijn dat aldus deze 850 ton niet lijkt te worden gereinigd zoals door het bestek vereist.

Het feit dat de verzoekende partijen in de ingevulde meetstaat voor post 1.3.16 een prijs opgaven voor de volledige hoeveelheid zonder voorbehoud en zich dus engageerden tot de uitvoering van de volledige opdracht conform de technische bepalingen van het bestek, toont niet *prima facie* het tegendeel aan. Hun prijs voor deze post werd immers abnormaal laag beschouwd en aldus dienden de verzoekende partijen in hun verantwoording aan te tonen dat de voorgestelde prijs normaal was voor de uitvoering van deze post conform het bestek. Het voormelde antwoord toont dit zoals gezegd niet afdoende aan.

In de nota merkt de verwerende partij in dit verband trouwens op dat ook niet wordt verklaard "waarom het andere puin niet het voorwerp van "acceptatie" zal uitmaken na fysico-chemische reiniging" en evenmin "waarom en hoe voor de reiniging van dit andere puin uit de ophogingslaag, vervuild door zware metalen en policyclische aromatische koolwaterstoffen, 8€/ton voor de reinigingskost moet worden aangerekend, terwijl voor het vervuild puin uit de VOCl-gronden, die ook afkomstig zijn van deze vervuilde ophogingslaag, maar bijkomend vervuild zijn met vluchtige organische chloor, na betaling van de reinigingskost door de tegeldemaking van dit puin, nog een batig saldo van 2,5€/ton voorhanden kan zijn" en dat:

> "Naar het oordeel van De Lijn is het uitgesloten dat de ene puinsoort 8€/ton kost voor de reiniging, en de andere puinsoort na aanrekening van de reinigingskost nog 2,5 € opbrengt. Dit is een anomalie, een discrepantie. Die discrepantie ligt niet voor de hand als er wordt van uitgegaan dat de 850 ton niet wordt gereinigd. De Lijn mocht er dan ook van uitgaan dat deze prijsverantwoording als verduidelijking van de offerte van Ballast Nedam impliceerde dat zij een deel (850 ton) van de uitgegraven bodem die volgens het bestek moest worden gereinigd, niet zouden reinigen".

Daargelaten de vraag of de Raad van State dergelijke in wezen technische argumentatie zonder deskundige ondersteuning zou kunnen onderzoeken, kan worden vastgesteld dat deze uitgangspunten, die de beoordeling van de prijsverantwoording lijken te ondersteunen, ter terechtzitting niet concreet en *prima facie* door de verzoekende partijen worden weerlegd.

Dit geldt ook voor het argument van de verzoekende partijen dat zij in geen geval de hoeveelheid van post 1.3.16 hebben verbeterd met toepassing van de artikelen 82 of 83 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012. Artikel 83 betreft trouwens opdrachten voor leveringen of diensten.

Evenmin relevant lijken dan de argumentatie dat de te dezen bestreden beslissing een interpretatie *contra legem* of contra het bestek zou inhouden, en het feit dat de voorgestelde minprijs voor deze 850 ton een verdiscontering is van de reinigingskost van deze 850 ton met de opbrengst ervan na reiniging, alleen al omdat een dergelijke compensatoire berekening niet uit de prijsverantwoording blijkt.

Ook de bijgevoegde offerte van de nv Bichterweerd leidt in de huidige stand van het geding niet tot een andere conclusie aangezien ook daarin voor de voormelde hoeveelheden 3.167 ton, 5.875 ton en 11.080 ton telkens wordt vermeld "Fysico-chemische reiniging" en bij de voormelde hoeveelheid 850 ton enkel "acceptatie puin uit VOCl-gronden". Evenmin wordt daarin toegelicht dat de voor die 850 ton vermelde prijs van "-/- 2,50 €/ton" het saldo is van de opbrengst na reiniging.

De grief dat de interpretatie dat deze 850 ton niet gereinigd wordt manifest foutief is dan ook niet ernstig. Aldus blijkt ook niet dat deze beoordeling van de prijsverantwoording strijdig is met de materiëlemotiveringsplicht, het redelijkheidsbeginsel of het zorgvuldigheidsbeginsel.

Bijgevolg is evenmin de daarop gesteunde beweerde schending van het eigen bestek ernstig, daargelaten de vraag of het *patere legem* beginsel de verwerende partij verplicht een onduidelijkheid in de prijsverantwoording recht te zetten zoals de verzoekende partijen zonder meer aannemen.

10.3. In dit kader betogen de verzoekende partijen nog dat door de verwerende partij evenmin wordt aangegeven waarom uit de prijsverantwoording zou blijken dat deze 850 ton niet wordt gereinigd zodat de motiveringsplicht wordt geschonden.

In de mate dat aldus de materiële motiveringsplicht is bedoeld zoals lijkt te kunnen worden afgeleid uit de daarop volgende verwijzing naar de vereiste dat een onregelmatigverklaring slechts kan steunen op aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek, is deze grief niet ernstig om de redenen die reeds werden uiteengezet.

De grief is evenmin ernstig indien de formelemotiveringsplichtingen zijn bedoeld.

Te dezen werd immers aan de verzoekende partijen bij brief van 4 april 2014 meegedeeld dat hun offerte onregelmatig is en is geweerd omdat uit de prijsverantwoording kan worden afgeleid dat 850 ton wordt beschouwd als direct te herbruiken op GRC Zutendaal en dus niet te reinigen is en dat dit in tegenspraak is met het bestek. *Prima facie* wordt niet aangetoond waarom dit geen afdoende formele motivering is en de verzoekende partijen niet in staat stelde zich ter zake in rechte te verweren. Het tegendeel blijkt trouwens veeleer uit de grieven verwoord in het enige middel. Aldus is op dit punt voldaan aan de formelemotiverings-verplichtingen minstens aan de *ratio legis* ervan. Bijgevolg is het tweede middelonderdeel niet ernstig.

Eerste middelonderdeel

11. Gelet op hetgeen voorafgaat dient ook het eerste middel-onderdeel te worden onderzocht, namelijk dat niet kan worden ingezien noch wordt gemotiveerd waarom er met de bestreden beslissing zou zijn afgeweken van een essentiële besteksbepaling.

11.1. De vraag of een bepaling van het bestek essentieel is, namelijk dermate belangrijk dat de afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg moet hebben dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, dient *in concreto* in elk geval afzonderlijk in het licht van het dossier te worden beantwoord. Daarnaast staat het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om vast te stellen of de afwijking al dan niet een essentiële besteksbepaling betreft.

11.2 Het blijkt te dezen niet *prima facie* waarom de vastgestelde afwijking geen essentiële besteksbepaling zou betreffen alleen al gelet op de aard van deze post en het voorwerp van de opdracht enerzijds en het feit anderzijds dat volgens de verzoekende partijen deze fysico-chemische reiniging ook voorgeschreven is door de toepasselijke milieureglementering. Het feit dat het hier slechts om 850 ton van de totale hoeveelheid van 11.910 ton gaat, toont niet prima facie het tegendeel aan.

De verzoekende partijen blijken het hier besproken middelonderdeel aldus te steunen op een feitelijke grondslag die niet lijkt te kunnen worden aangenomen.

11.3. De verzoekende partijen betogen voorts dat noch in de bestreden beslissing noch in de kennisgevingsbrief van 4 april 2014 wordt gemotiveerd waarom aldus afgeweken zou worden van een essentiële besteksbepaling.

Zoals reeds vermeld lijkt het vereiste van thermico-chemische reiniging van het puin bedoeld in post 1.3.16 een evident essentiële besteks-bepaling zodat deze kwalificatie niet uitdrukkelijk lijkt te moeten worden formeel gemotiveerd. De omgekeerde beoordeling zou, zo lijkt, uitdrukkelijk te moeten worden gemotiveerd. Minstens tonen de verzoekende partijen niet aan dat de meegedeelde motivering hun niet in staat stelde zich op dit punt in rechte te verweren.

Aldus lijkt ook op dit punt voldaan aan de formelemotiverings-verplichtingen minstens aan de *ratio legis* ervan.

11.4. Bijgevolg is ook het eerste middelonderdeel niet ernstig. Aldus is niet aangetoond dat de offerte van de verzoekende partijen ten onrechte als substantieel onregelmatig werd geweerd en blijkt evenmin dat werd gegund met schending van de ingeroepen rechtsnormen die de wijze van gunning regelen.

VII. Besluit

12. Uit het voorgaande volgt dat het enige middel in zijn geheel niet ernstig is.

13. Er is aldus niet voldaan aan ten minste één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, § 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State die cumulatief vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing worden toegewezen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Aclagro 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 een rolrecht van 400 euro, elk voor de helft.
De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 mei 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**