

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 231.939 van 13 juli 2015
in de zaak A. 216.251/XII-7.906.**

In zake : de BVBA AANNEMINGEN NORRE-BEHAEGEL
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Jo Goethals
 kantoor houdend te 8800 Roeselare
 Kwadestraat 151B/41
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de STAD DIKSMUIDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Van Heuven
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

De NV VERKINDEREN WEGENISWERKEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Peeters en Jelle Snauwaert
kantoor houdend te 8310 Brugge
Baron Ruzettelaan 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 26 juni 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de uitvoering van “de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de stad Diksmuide van 3 juni 2015 houdende de ‘gunning’ van de overheidsopdracht ‘[a]nleg van een vrijliggend fietspad langs de N301 Klerkenstraat / Esenstraat vanaf de N35 Esenweg tot aan het kruispunt met Predikboomstraat te Diksmuide afdeling Esen en de gemeente Houthulst afdeling Klerken – open aanbesteding

dd. 25.03.2015' aan Wegeniswerken Verkinderen nv, [...] tegen een prijs van € 2.824.096.41, 21 % btw en proefonkosten inbegrepen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

Met een verzoekschrift van 3 juli 2015 heeft de nv Verkinderen Wegeniswerken gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 juli 2015, om 14 uur.

Staatsraad Pierre Lefranc heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jo Goethals, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Dirk Van Heuven, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Dirk Peeters, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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 stad Diksmuide schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp de aanleg van twee vrijliggende

enkelrichtingsfietspaden langs de N301 Klerkenstraat/Esenstraat te Diksmuide/Houthulst.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek bij projectnummer 5150 en dossiernummer 32003/13/D.

Als bijlage 4 bij het bijzonder bestek is gevoegd het technisch verslag nr. K14 4823 van Labo Devlieger, dat de resultaten van het onderzoek, een evaluatie van de kwaliteit en de mogelijke toepassingen van de uit te graven bodem bevat.

3.3. De gevolgde procedure is die van de open aanbesteding.

3.4. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 16 februari 2015.

De werken worden geraamd op 3.300.737,71 euro, btw en proefonkosten inbegrepen.

3.5. In het technisch gedeelte van het bijzonder bestek valt onder hoofdstuk 4 “Vorbereidende werken en grondwerken” onder meer te lezen wat volgt:

“2. DROOG GRONDVERZET

[...]

2.1.2 Uitvoering

In de mate van het mogelijke dient de op de werf uitgegraven bodem gebruikt te worden binnen de aanneming, hetzij als bodem hetzij als bouwstof. De uitgegraven grond kan hergebruikt worden volgens beschrijving in het technisch verslag.

De uitgegraven grond met code 011 komt in aanmerking als bodem buiten de kadastrale werkzone mits herbemonsteren en heranalyse na uitgraven. Dit is een keuze van de aannemer en deze onderzoeken zijn volledig ten laste van de aannemer. Geen enkel resultaat van deze onderzoeken geeft aanleiding tot het vragen van een meerprijs.

De uitgegraven gronden die niet of niet volledig gebruikt kunnen worden binnen de werfzone worden eigendom van de aannemer.

2.1.2.1 Afgraving

De afgraving mag niet samen met de uitgraving uitgevoerd worden. De nominale dikte van de laag bedraagt 20cm.

De afgegraven bodem die niet of niet volledig gebruikt kan worden binnen de werfzone:

- wordt eigendom van de aannemer;
als de afgegraven bodem de R'-waarden, maar niet de R-waarden, overschrijdt, dan moet de aannemer met een kopie van het bodembeheerrapport aantonen een legale bestemming voor de af te voeren afgegraven bodem gevonden te hebben.

2.1.2.2 Uitgraving

De uitgegraven bodem die niet of niet volledig gebruikt kan worden binnen de werfzone:

- wordt eigendom van de aannemer;
als de uitgegraven bodem de R'-waarden, maar niet de R-waarden, overschrijdt, dan moet de aannemer met een kopie van het bodembeheerrapport aantonen een legale bestemming voor de af te voeren uitgegraven bodem gevonden te hebben.”

De meetstaat vermeldt bij de bijbehorende posten algemeen het volgende :

“Grondverzet volgens 4-2

Ter info: grondcode Overeenkomstig conform verklaard technisch verslag en bijhorend zoneringsplan.”

Bij post 33:

“Uitgraving volgens 4-2.1.2.2 voor gebruik binnen de werf

-, in compacte grond (milieuhygiënische code 411, 511 en 911)

Volgens tabel grondverzet = $14.322,49 \text{ m}^3 - 7.777,21 \text{ m}^3 = 6.545,28 \text{ m}^3$

Tekort aan kant Gemeente Houthulst opvangen = $+ 1.855 \text{ m}^3$

Totaal te gebruiken binnen de werf = $8.400,28 \text{ m}^3 - 8.605 \text{ m}^3$.”

Bij post 34:

“Uitgraving volgens 4-2.1.2.2 met verwijdering naar een vergunde stortplaats

-, in compacte grond (milieuhygiënische code 910)

Afvoeren code 910 naar vergunde stortplaats = $825 \text{ m}^3 \times 1,6 \text{ m}^3/\text{ton} = 1320 \text{ ton}$.”

Bij posten 35 en 36:

“Uitgraving volgens 4-2.1.2.2 met verwijdering voor gebruik buiten de werf of voor afvoer naar een TOP – aannemer wordt eigenaar van deze gronden

-, in compacte grond (milieuhygiënische code 411)

-, in compacte grond (milieuhygiënische code 921)

Volgens tabel grondverzet = $7.777,21 \text{ m}^3 - 1.855 \text{ m}^3$ (nodig voor ophoging op grondgebied Houthulst) = $5.922,21 \text{ m}^3$ - afronden naar 6.045 m^3

Afvoeren code 910 naar vergunde stortplaats = $825 \text{ m}^3 \times 1,6 \text{ m}^3/\text{ton} = 1320 \text{ ton}$

Rest: $6.045 \text{ m}^3 - 825 \text{ m}^3 = 5.220 \text{ m}^3$ (waarvan 4.540 m^3 code 921)."

Bij post 37:

"Afgraving volgens 4-2.1.2.1

-, voor gebruik binnen de werf

Afgraving teelaarde voor groenzones $350 \text{ m}^2 \times 0,3 \text{ m} = 105 \text{ m}^3$."

Bij post 40:

"Afdekking volgens 4-2.1.2.4 met teelaarde, afkomstig van de werf

-, dikte 30 cm

Groenzones hagen = 350 m^2 ."

Het technisch verslag nr. K14 4823, gevoegd als bijlage 4 bij het bijzonder bestek, verdeelt de grond in de werkzone in 6 zones, georiënteerd van noord naar zuid, en bepaalt met betrekking tot het hergebruik ervan, het volgende (pag. 18 tot 22):

"8.3.1. Hergebruik als bodem binnen kadastrale werkzone

De grond met codes 411, 511 en 911 komt in aanmerking.

De grond met code 920, 921 en 929 komen in aanmerking mits toepassing van de codes van goede praktijk

8.3.2. Hergebruik als bodem buiten kadastrale werkzone

De grond met code 411 komt eventueel in aanmerking voor hergebruik in bestemmingstypes III t.e.m. V mits aanvullende studie.

De grond met code 511 komt eventueel in aanmerking voor hergebruik in bestemmingstypes IV t.e.m. V mits aanvullende studie.

Voor de grond met code 920, 911, 921 en 929 is geen hergebruik buiten de kadastrale zone mogelijk.

[...]

8.3.3. Hergebruik als bouwstof

De grond met code 411, 511, 911 en 921 komt in aanmerking voor hergebruik als bouwstof.

De grond met code 920 komt eventueel in aanmerking mits aanvullende kolomproef.

De grond met code 929 komt niet in aanmerking voor hergebruik als bouwstof."

3.6. De opening van de offertes vindt plaats op 25 maart 2015.

Er worden 8 offertes ingediend, onder andere door de verzoekende partij en de nv Verkinderen Wegeniswerken.

3.7. Na administratieve controle wordt de offerte van de nv Verkinderen Wegeniswerken als eerste gerangschikt; die van de verzoekende partij als tweede.

3.8. Op 27 maart 2015 vraagt het studiebureau Lobelle de nv Verkinderen Wegeniswerken een prijsverantwoording van de eenheidsprijzen voor de posten 35 en 36.

3.9. Per aangetekend schrijven van 10 april 2015 geeft de nv Verkinderen Wegeniswerken een verantwoording van de eenheidsprijzen voor de posten 35 en 36.

3.10. Op 13 april 2015 wordt het aanbestedingsverslag opgesteld.

Hierin worden de criteria voor het vaststellen van schijnbaar abnormale eenheidsprijzen bepaald:

“Enkel posten groter dan 1% van de totale aannemingssom komen in aanmerking; een post uit deze short list is abnormaal als deze meer dan 50% afwijkt van het gemiddelde van de eenheidsprijs van alle aannemers”.

In de offerte van de nv Verkinderen Wegeniswerken voldoen de eenheidsprijzen voor de posten 35, 36, 52 en 193 aan de voormelde criteria.

Het aanbestedingsverslag van 13 april 2015 motiveert de beslissing om geen prijsverantwoording te vragen voor de posten 52 en 193 als volgt:

“● Post 52: Zand voor onderfunderingen – abnormaal hoog:

De gemiddelde eenheidsprijs wordt sterk beïnvloed door de zeer lage eenheidsprijs voor post 52 in het aanbod van de NV Vanden Broecke. Bij berekening van het gemiddelde zonder NV Vanden Broecke komt men aan een gemiddelde prijs van 2,76 €/m², en is de prijs van aannemer NV Verkinderen volgens bovenvermelde criteria niet meer abnormaal.

- Post 193: Boomgrond – abnormaal hoog:

De gemiddelde eenheidsprijs wordt sterk beïnvloed door de zeer lage eenheidsprijs voor post 193 in het aanbod van de THV Cardoen & Verfaillie-Leroy. Bij berekening van het gemiddelde zonder THV Cardoen & Verfaillie-Leroy komt men aan een gemiddelde prijs van 30,99 €/m³, en is de prijs van aannemer NV Verkinderen volgens bovenvermelde criteria niet meer abnormaal. Daarnaast zit de eenheidsprijs van post 193 van NV Verkinderen nog een heel stuk onder de ramingsprijs.”

Het aanbestedingsverslag van 13 april 2015 beoordeelt de verantwoording van de posten 35 en 36 door nv Verkinderen Wegeniswerken in volgende bewoordingen:

“De twee verschillende posten worden zeer uitgebreid verantwoord waarbij verschillende opties opgenomen worden.

Post 35: Het opzet van de aannemer NV Verkinderen is om deze grond te kalken zodanig dat deze grond hergebruikt of verkocht kan worden als bouwstof.

Hierbij wordt het kalken, uitgraven en vervoeren van de grond verantwoord met de aanbestedingsprijzen (posten 43, 44, 145). Het grondverzet + vervoer van 720 m³/dag is zeer optimistisch en enkel te behalen indien geen enkel obstakel in de weg zit. Hierbij is er de mogelijkheid om de grond ter plaatse te stockeren of af te voeren naar de depot van de aannemer. Beide werkwijzen worden toegestaan. De aannemer dient zelf in te staan voor het zoeken van een locatie voor het tijdelijk stockeren van de grond met de mogelijke kosten hieraan verbonden. Het niet gecombineerd uit kunnen voeren van de werken kunnen geen aanleiding geven tot meerprijzen. Aan de andere kant is de nabijheid van het depot van aannemer NV Verkinderen (te Langemark - maximaal 20 minuten rijden) een pluspunt.

De verkoopprijzen van de gekalkte gronden worden verantwoord aan de hand van recente facturen.

De verschillende opties overschreden de ingeschreven eenheidsprijs niet. Hierbij wordt door aannemer NV Verkinderen aangegeven dat een deel van de winst kan aangewend worden voor onvoorziene omstandigheden. De verantwoording van deze post wordt aanvaard.

Post 36: Het opzet van de aannemer NV Verkinderen is om deze grond te kalken zodanig dat deze grond hergebruikt of verkocht kan worden als bouwstof. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen de bovenste 35cm (teelaarde) en de daaronder liggende grond. Dit omdat teelaarde voor andere toepassingen aangewend wordt. Bij de prijsverantwoording werd hiermee rekening gehouden.

De prijzen voor het kalken, uitgraven en vervoeren van de grond worden verantwoord aan de hand van de aanbestedingsprijzen (posten 43, 44, 145), Het grondverzet + vervoer van 720 m³/dag is zeer optimistisch en enkel te behalen indien geen enkel obstakel in de weg zit. Hierbij is er de mogelijkheid om de grond ter plaatse te stockeren of af te voeren naar de depot van de aannemer. Beide werkwijzen worden toegestaan. De

aannemer dient zelf in te staan voor het zoeken van een locatie voor het tijdelijk stockeren van de grond met de mogelijke kosten hieraan verbonden. Het niet gecombineerd uit kunnen voeren van de werken kunnen geen aanleiding geven tot meerprijzen. Aan de andere kant is de nabijheid van het depot van aannemer NV Verkinderen (te Langemark - maximaal 20 minuten rijden) een pluspunt.

De verkoopprijzen van de gekalkte gronden worden verantwoord aan de hand van recente facturen. De verkoopprijs voor teelaarde (niet bewerkt) wordt geschat, maar is aanvaardbaar.

De verschillende opties overschreden de ingeschreven eenheidsprijs niet. Hierbij wordt door aannemer NV Verkinderen aangegeven dat een deel van de winst kan aangewend worden voor onvoorziene omstandigheden. De verantwoording van deze post wordt aanvaard.”

Het aanbestedingsverslag stelt voor de werken toe te wijzen aan “de laagste regelmatige inschrijver de Firma N.V. Verkinderen Wegeniswerken,[...] voor een bedrag van : 2.328.592,08 € + 489.004,34 € (BTW 21%) + 6.500,00 € (proefonkosten) = 2.824.096,41 €, overeenkomstig haar aanbod d.d. 24.03.2015 en de prijsverantwoording d.d. 10 april 2015.”

3.11. Op 3 juni 2015 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Diksmuide de opdracht te gunnen aan de nv Verkinderen Wegeniswerken tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van 2.824.096,41 euro, btw en proefonkosten inbegrepen.

Dit is het bestreden besluit.

3.12. Middels een schrijven van 11 juni 2015 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van het bestaan van deze beslissing. Het aanbestedingsverslag en het gunningsbesluit worden later overgemaakt.

IV. Tussenkost

4. De nv Verkinderen-Wegeniswerken blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen.

Dienvolgens moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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’ (hierna: de wet van 17 juni 2013) van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing 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.

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 beslissing kan verantwoorden.

VI. Ernst van de middelen

Eerste middel

Standpunt van de verzoekende partij

6. Een eerste middel wordt genomen uit de schending van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 inzake ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 15 juni 2006), artikel 8, § 1, 3°, van de wet van 17 juni 2013 en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het zorgvuldigheids- en transparantiebeginsel, doordat de verwerende partij de bestreden beslissing niet tijdig heeft meegedeeld aan de verzoekende partij.

Beoordeling

7. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, 8°, van de wet van 17 juni 2013 dient een aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing te nemen wanneer ze de opdracht gunt, ongeacht de procedure. Artikel 8, § 1, van voormelde wet voorziet in de kennisgeving van de gemotiveerde beslissing aan elke inschrijver van wie de offerte niet is gekozen.

Uit het administratief dossier blijkt dat het college van burgemeester en schepenen van de stad Diksmuide op 3 juni 2015 beslist heeft om, in lijn met het aanbestedingsverslag, de opdracht te gunnen aan de nv Verkinderen Wegeniswerken.

Een eventueel gebrek in de kennisgeving tast de regelmatigheid van de gunningsbeslissing zelf in beginsel niet aan. Dat geldt te dezen des te meer aangezien uit het administratief dossier blijkt dat de bestreden gunningsbeslissing aansluit bij het aanbestedingsverslag dat de verzoekende partij bij haar verzoekschrift voegt. De verzoekende partij heeft bijgevolg tijdig kennis kunnen

nemen van de onderliggende motieven en met kennis van zaken een vordering ingediend.

Het eerste middel is niet ernstig.

Tweede middel

Standpunt van de verzoekende partij

8. Een tweede middel leidt de verzoekende partij af uit de schending van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006, de artikelen 15, 95, § 3, 21, § 3 en 99, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit van 15 juli 2011) in samenlezing met artikel 167 van het decreet van 27 oktober 2006 ‘betreffende de bodemsanering en de bodembescherming’ en de artikelen 161 en 162 van het besluit van de Vlaamse regering van 14 december 2007 ‘houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de bodemsanering en de bodembescherming’ (hierna: Vlarebo), artikel 8, § 1, eerste lid, 3°, *juncto* artikel 29, § 1, eerste lid, van de wet van 17 juni 2013 en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name de zorgvuldigheidsplicht, het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel alsook het “consistentiebeginsel” en het “*patere legem*” principe, het materieel motiveringsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

Het betoog van de verzoekende partij omvat een zevental argumenten.

Ten eerste klaagt de verzoekende partij aan dat de verantwoording van de nv Verkinderen Wegeniswerken van de schijnbaar abnormale eenheidsprijs voor post 36 strijdt met de geldende reglementering met betrekking tot het grondverzet.

Deze post heeft betrekking op de grond met een milieuhygiënische code 921 en die buiten de werf moet worden gebracht. Hergebruik van de teelaarde als bodem buiten de kadastrale werfzone is, voor zover al mogelijk, niet toegestaan. Bovendien bevindt de grond met code 921 zich in de zones 2 en 5 volgens het technisch verslag (bijlage 4 bestek) tussen 0.0 en -0.5 meter. De werkwijze die de nv Verkinderen Wegeniswerken suggereert zou dus betekenen dat men eerst 30 cm teelaarde zou afhaken en dan nog 15 cm restgrond om dan te mengen met kalk met het oog op bouwstof. Deze werkwijze is onredelijk en niet realistisch.

Ten tweede heeft de nv Verkinderen Wegeniswerken volgens de verzoekende partij de intentie de grond te mengen met kalk om te verkopen als vormvast product. Dit is evenwel in tegenstrijd met artikel 3 van het ministerieel besluit van 9 mei 2008 ‘houdende vaststelling van de lijst van bouwkundig bodemgebruik van uitgegraven bodem en van de lijst van vormvaste toepassingen van uitgegraven bodem’ (hierna: het ministerieel besluit van 9 mei 2008), luidens welk het toevoegen van kalk geen vormvaste toepassing is van uitgegraven bodem.

Ten derde meent de verzoekende partij dat de concrete beoordeling door de verwerende partij van de verantwoording onredelijk is. Het door de nv Verkinderen Wegeniswerken opgegeven rendement inzake grondverzet en vervoer is niet alleen “zeer optimistisch” maar onrealistisch. De kans dat “er geen enkel obstakel in de weg zit”, overeenkomstig het aanbestedingsverslag, is immers nihil.

In zoverre de verantwoording aangeeft dat een deel van de winst kan worden aangewend voor onvoorziene omstandigheden, wijst dit er volgens de verzoekende partij ten vierde op dat ofwel de prijs voor de post 36 speculatief is, ofwel de winst op andere posten zal worden aangewend om “dat gat toe te rijden”. Dergelijke verantwoording kan niet worden aanvaard omdat de prijs van elke post “op zich” “normaal” moet zijn.

Ten vijfde leidt de verzoekende partij uit wat voorafgaat af dat de verwerende partij, gelet op artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, de offerte van de nv Verkinderen Wegeniswerken onregelmatig had moeten verklaren aangezien de schijnbare abnormaliteit van de eenheidsprijs niet op afdoende wijze is weggenomen.

Ten zesde bekritiseert de verzoekende partij de verantwoording van de schijnbaar abnormale eenheidsprijs voor de post 35 en de beoordeling ervan door te verwijzen naar haar voorgaande argumentatie.

Een zevende en laatste argument is gericht tegen het niet vragen door de verwerende partij om verantwoording door de nv Verkinderen Wegeniswerken van de eenheidsprijs voor de post 193. Het motief dat de prijs voor de post 193 is beïnvloed door de zeer lage prijs voor dezelfde post van de THV Cardoen & Verfaillie-Leroy is volgens de verzoekende partij niet deugdelijk omdat de post 193 van de THV Cardoen & Verfaillie-Leroy niet als abnormaal laag is beschouwd.

De verzoekende partij besluit dan in volgende bewoordingen:

“Bij (de) beoordeling van de abnormaliteit van de prijzen is enerzijds onterecht besloten dat er geen abnormaal hoge prijzen zijn. Anders is, voor wat betreft de abnormaal lage prijzen ten onrechte gesteld dat de verantwoording kon aanvaard worden. Deze kon niet aanvaard worden omdat de verantwoording, no(g) los van het volstrekt onrealistisch karakter (wat het studie bureau zelf ook aanstipt), strijdt met de wetgeving inzake grondverzet.

De verwerende partij heeft geen rekening gehouden met het technisch verslag dat gekoppeld is aan het bestek en schendt dienvolgens het patere legem beginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel alsook het consistentiebeginsel. Ook de materiële motivering is, doordat een motivering wordt naar voor gebracht in strijd met de wet en het bestek geschonden. Daardoor was de verwerende partij zonder meer onzorgvuldig.

Bijgevolg is niet gegund aan de laagste regelmatige inschrijver en is art. 24 van de overheidsopdrachtenwet geschonden.”

Beoordeling

9. De verwerende partij werpt de niet-ontvankelijkheid van het middel op wegens gebrek aan belang.

Nu hierna zal blijken dat het middel niet ernstig is, behoeft de exceptie geen onderzoek.

10. Wanneer de aanbestedende overheid beslist de opdracht te plaatsen bij aanbesteding, moet die overeenkomstig artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

Het prijsonderzoek houdt verband met de regelmatigheid van de offerte.

Artikel 21 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 bepaalt wat volgt:

“§ 1. De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijsonderzoek. Op haar verzoek verstrekken de inschrijvers tijdens de procedure alle nodige inlichtingen om dit onderzoek mogelijk te maken.

§ 2. [...]

§ 3. Behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten is deze paragraaf niet toepasselijk op de onderhandelingsprocedure.

Als de aanbestedende overheid bij het prijsonderzoek vaststelt dat in een offerte een prijs wordt geboden die abnormaal laag of abnormaal hoog lijkt in verhouding tot de uit te voeren prestaties en alvorens die offerte om die reden te weren, verzoekt ze de inschrijver in kwestie per aangetekende brief om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de prijs in kwestie te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt.

De inschrijver draagt de bewijslast van de verzending van de verantwoording.

De verantwoording houdt met name verband met :

- 1° de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;
- 2° de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten;

- 3° de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;
- 4° de naleving van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de prestaties worden uitgevoerd;
- 5° de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver.

De aanbestedende overheid onderzoekt de ontvangen verantwoording en herbevecht indien nodig de inschrijver.
[...].”

Artikel 95 van hetzelfde besluit bepaalt:

“§ 1. De aanbestedende overheid gaat de regelmatigheid na van de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen. Ze onderzoekt de regelmatigheid, zowel op formeel als op materieel vlak.

§ 2. [...]

§ 3. Op materieel vlak is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de bepalingen van dit besluit of van de opdrachtdocumenten betreffende met name de prijzen, termijnen en technische specificaties, in de mate dat die bepalingen essentieel zijn, of in geval van een abnormale prijs als bedoeld in de artikelen 21 en 99.

[...]

§ 4. Een substantieel onregelmatige offerte is nietig.

In geval van een niet-substantiële onregelmatigheid kan de aanbestedende overheid de offerte nietig verklaren. Als de aanbestedende overheid een offerte niet nietig verklaart, dan wordt deze offerte geacht regelmatig te zijn.”

Artikel 99 van hetzelfde besluit bepaalt ten slotte:

“§ 1. Na voorafgaand artikel 96 te hebben toegepast, gaat de aanbestedende overheid over tot het prijsonderzoek overeenkomstig artikel 21.

§ 2. Als er bij een opdracht voor werken gegund bij aanbesteding minstens vier offertes door geselecteerde inschrijvers werden ingediend, wordt elke offerte waarvan het totale offertebedrag minstens vijftien percent ligt onder het gemiddelde bedrag van de door deze inschrijvers ingediende offertes, regelmatig of niet, beschouwd als een offerte waarvan het vermoedelijk abnormale totale offertebedrag noopt tot een onderzoek door de aanbestedende overheid.

[...].”

11. Uit het dossier blijkt dat de totaalprijs van de nv Verkinderen Wegeniswerken de 15% -drempel bedoeld in artikel 99 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, niet overschrijdt.

In zoverre het middel is afgeleid uit een schending van het voormelde artikel 99, § 2, mist het juridische grondslag.

12. De aanbestedende overheid beschikt over een grote beoordelingsvrijheid om de in het kader van artikel 21 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden. De Raad van State mag zich bij 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. Voorts mag een inschrijver zich niet beperken tot vaagheden en algemeenheden, de in paragraaf 3 van hetzelfde artikel 21 opgesomde objectieve factoren zijn niet limitatief en ten slotte moet het onderzoek gebeuren met inachtneming van de zorgvuldigheidsplicht.

13. In zoverre de verzoekende partij argumenteert dat de prijsverantwoording van de nv Verkinderen Wegeniswerken voor post 36 strijdt met de geldende reglementering over het grondverzet, lijkt het middel uit te gaan van een verkeerde premisse.

Uit geen enkel element in het dossier kan immers worden afgeleid dat de grond in kwestie door de nv Verkinderen Wegeniswerken zou worden aangewend als “bodem” buiten de kadastrale werkzone.

Uit de prijsverantwoording van de nv Verkinderen Wegeniswerken blijkt integendeel dat de nv Verkinderen Wegeniswerken de intentie heeft de kwestieuze grond aan te wenden als “bouwkundig bodemgebruik” en dus als bouwstof, waarvan het gebruik vrij is. Het is de bedoeling van de nv Verkinderen Wegeniswerken de grond te kalken, zodat een hoogwaardiger product kan worden afgeleverd dat voldoet als bouwstof. Daartoe stelt zij 5 opties voor, maar telkens onder de noemer van “bouwkundig bodemgebruik”.

Het technisch verslag dat is gevoegd als bijlage 4 bij het bijzonder bestek, voorziet uitdrukkelijk dat gronden met code 921 buiten de kadastrale werkzone kunnen worden aangewend als bouwstof.

De affirmatie van de verzoekende partij dat de werkwijze van selectieve afgraving niet realistisch is, lijkt voorts niet te sporen met de verklaring van de nv Verkinderen Wegeniswerken in haar verzoekschrift tot tussenkomst. Haar uiteenzetting over de splitsing van de afgraving van teelaarde en gele grond waarbij eerst de teelaarde wordt bestrooid met kalk om vervolgens los te frezen en af te graven om nadien hetzelfde te doen voor de gele grond, lijkt niet ontbloom van enige logica.

Het eerste argument van de verzoekende partij lijkt derhalve niet te kunnen worden aangenomen.

14. Hetzelfde lijkt te gelden voor wat betreft het tweede argument van de verzoekende partij. Ten onrechte lijkt zij een hergebruik van de grond in kwestie als bouwkundig bodemgebruik gelijk te stellen met een vormvast product. De artikelen 167 tot 171 van het Vlarebo, waaraan het ministerieel besluit van 9 mei 2008 verder uitvoering geeft, regelen het gebruik van uitgegraven bodem “voor bouwkundig bodemgebruik of in een vormvast product”. Zoals de nv Verkinderen Wegeniswerken opmerkt, vergt een hergebruik van de grond als vormvast product nog een verdere behandeling, bijvoorbeeld door deze te mengen in de betoncentrale samen met andere granulaten en bindmiddelen. De verzoekende partij lijkt voorts niet tegen te spreken dat na het kalken alleen de grond rechtstreeks kan worden aangewend voor bouwkundig bodemgebruik.

De beweerde strijdigheid met artikel 3 van het ministerieel besluit van 9 mei 2008, naar luidt waarvan het toevoegen van kalk geen vormvaste toepassing is van uitgegraven bodem, lijkt dan ook niet dienstig te kunnen worden ingeroepen.

15. De kwestie van het rendement inzake grondverzet en vervoer wordt door de verzoekende partij in wezen enkel afgezet tegen haar eigen inschatting van een “realistisch” rendement. Zij gaat wat het transport betreft, niet nader in op de door de aanbestedende overheid toegestane mogelijkheden om de grond ter plaatse te stockeren of af te voeren naar het depot van de nv Verkinderen Wegeniswerken, waarvan de nabijheid in het aanbestedingsverslag wordt omschreven als “een pluspunt”. Evenmin betreft zij, wat het grondverzet betreft, de vaststelling in het technisch verslag bij het bestek dat de Vlarebo-activiteiten langs dit traject zich beperken tot landbouwactiviteiten, in haar betoog.

Gelet op wat voorafgaat en gelet op het feit dat de prijsverantwoording uitdrukkelijk gewag maakt van een marge om het hoofd te kunnen bieden aan “onvoorziene omstandigheden”, kan de algemene conclusie van de verzoekende partij dat het door de nv Verkinderen Wegeniswerken opgegeven rendement niet alleen “zeer optimistisch” is maar ook onrealistisch, in deze stand van het geding niet volstaan om te besluiten dat de aanbestedende overheid de grenzen van de redelijkheid zou hebben overschreden door de prijsverantwoording van de nv Verkinderen Wegeniswerken te aanvaarden.

16. Het vierde argument van de verzoekende partij sluit aan bij haar vorig argument. Met de verwerende partij lijkt te mogen worden aangenomen dat het bestemmen van een deel van de winst voor onvoorziene omstandigheden, veeleer de bevestiging is dat in de opgegeven eenheidsprijzen een redelijke winstmarge is vervat, dan dat de eenheidsprijzen speculatief zouden zijn.

17. Gelet op wat voorafgaat, maakt de verzoekende partij in deze stand van het geding niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid de in de aanhef van het middel ingeroepen bepalingen en beginselen zou hebben geschonden door de opgegeven prijsverantwoording voor de post 36 te aanvaarden.

18. De conclusie is niet anders voor wat betreft de opgegeven prijsverantwoording voor de post 35, aangezien de verzoekende partij volstaat met te verwijzen naar haar uiteenzetting onder de post 36.

19. Uit dit alles vloeit voort dat het middel pertinentie mist in zoverre het is afgeleid uit de schending van artikel 95, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011. De prijsverantwoording is aanvaard en de verzoekende partij heeft gefaald in haar betoog dat de verwerende partij door aldus te handelen, de ingeroepen bepalingen en beginselen heeft miskend. Aangezien de abnormaliteit van de betrokken eenheidsprij(s)(zen) niet is vastgesteld, kan de verzoekende partij zich niet nuttig beroepen op de bepalingen van artikel 95, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 om de verwerende partij te horen verplichten tot het substantieel onregelmatig verklaren van de offerte van de nv Verkinderen Wegeniswerken.

20. Tot slot en wat betreft de beslissing van de verwerende partij om de nv Verkinderen Wegeniswerken niet te bevragen omtrent haar eenheidsprijs voor de post 193, kan de stelling van de verzoekende partij dat deze niet deugdelijk is gemotiveerd, op het eerste gezicht niet worden aangenomen.

In het aanbestedingsverslag valt te lezen dat de gemiddelde eenheidsprijs voor de post 193 sterk wordt beïnvloed door de zeer lage eenheidsprijs voor deze post in het aanbod van de THV Cardoen & Verfaillie-Leroy. De vergelijkende tabel van eenheidsprijzen van alle aannemers-inschrijvers lijkt zulks te bevestigen. De omstandigheid dat de eenheidsprijs voor dezelfde post van de THV Cardoen & Verfaillie-Leroy niet als abnormaal laag is gedetecteerd, rekening houdende met de criteria dienaangaande vermeld in het aanbestedingsverslag, lijkt geen afbreuk te doen aan de pertinentie van het motief. De verzoekende partij maakt derhalve op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de beslissing van de verwerende partij om geen prijsverantwoording te vragen voor de post 193 gebrekkig zou zijn gemotiveerd.

21. Het besluit is dan ook dat de verzoekende partij in deze stand van het geding niet aantoont dat de opdracht met miskenning van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 niet zou zijn gegund aan de laagste regelmatige inschrijver.

22. Het tweede middel is derhalve niet ernstig.

23. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient derhalve te worden verworpen.

VII. Kosten

24. Er is grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ aan de verwerende partij een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

25. Artikel 30/1, laatste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bepaalt evenwel uitdrukkelijk dat de tussenkommende partijen niet kunnen worden gehouden tot de betaling van de rechtsplegingsvergoeding of deze genieten.

Er is aldus geen grond om het door de tussenkommende partij gevorderde bedrag van 700 euro toe te kennen.

BESLISSING

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

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een aan de verwerende partij verschuldigde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

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 dertien juli 2015, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Pierre Lefranc,
bijgestaan door

Silvan De Clercq,

wnd. voorzitter, staatsraad,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silvan De Clercq

Pierre Lefranc