

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 234.464 van 21 april 2016
in de zaak A. 218.786/XII-8118.**

In zake: de NV SITA REMEDIATION
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF
STADSONTWIKKELING AALST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Van Heuven
kantoor houdend te 2600 Antwerpen,
Cogels Osylei 61
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV ENVISAN
2. de NV ACLAGRO
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap ENVISAN
ACLAGRO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Johan Verbist
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Amerikalei 187/302
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 maart 2016, strekt tot de schorsing
bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing
‡CBEQLDJAE-BCEHEEV‡

van het Autonoom Gemeentebedrijf Stadsontwikkeling Aalst van 2 maart 2016 om de overheidsopdracht “Aalst Tragel: Bodemsaneringswerken (BN11/15)” te gunnen aan de thv Envisan Aclagro voor een bedrag van 2.787.376,86 euro, btw inbegrepen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 1 april 2016 hebben de nv Envisan en de nv Aclagro, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 april 2016, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Carlos De Wolf en Charlotte De Wolf, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Dirk Van Heuven, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Joyce Van Caeyzele, die *loco* advocaat Johan Verbist verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Thomas Maes, daartoe gemachtigd bij beslissing van 21 oktober 2015 van de adjunct-auditeur-generaal, 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 overheidsopdracht uit voor de “uitvoering bodemsaneringswerken op voormalige gassite – Tragel”.

‡CBEQLDJAE-BCEHEEV‡

Het bestek kwalificeert de opdracht als een opdracht van werken.

De gekozen gunningswijze is de open aanbesteding.

De opdracht wordt volgens het verslag van nazicht geraamd op 3.264.720 euro.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 10 juli 2015.

3.2. De als bijlage bij het bestek gevoegde samenvattende opmeting bevat onder meer de volgende posten:

“

Post	Omschrijving	Type	Eenheid	Hoeveelheid	eenheidsprijs	totaal
4.11.	Verwerken van verontreinigde gronden					
4.11.1	Grondreiniging per categorie					
4.11.1.1	OPTIONEEL Reiniging van uitgegraven bodem categorie A	VH	TON	500,00		
4.11.1.2	Reiniging van uitgegraven bodem categorie B	VH	TON	12 470,00		
4.11.1.3	Reiniging van uitgegraven bodem categorie C	VH	TON	27 919,00		
4.11.2	Toeslag voor verhoogde fijne fractie en organisch stofgehalte					
4.11.2.1	Toeslag verhoogde fijne fractie en organisch stofgehalte voor categorie A	VH	TON%	15,00		
4.11.2.2	Toeslag verhoogde fijne fractie en organisch stofgehalte voor categorie B	VH	TON%	15,00		

”

Het technisch gedeelte van het bestek (bladzijde 61) geeft de volgende toelichting bij de posten 4.11.2.1 en 4.11.2.2:

“Toeslag bij reiniging van uitgegraven bodem prijscategorieën A en B

Gezien bij deze prijscategorieën (bovengrenswaarden komen ongeveer overeen met acceptatiegrenzen biologische en fysicochemische reiniging) de fijne fractie (percentage ‘fijne deeltjes $\leq 63 \mu\text{m}$ ’) + organisch stofgehalte een belangrijk element naar kostprijs van de reiniging is, wordt een toeslag

‡CBEQLDJAE-BCEHEEV‡

voorzien op de reinigingsprijs voor verhoogde fijne fractie en organisch stofgehalte.

Voor de prijszetting gaan we voor prijscategorie A uit van een basisprijs met fijne fractie + organisch stofgehalte ≤ 35 %.

Voor de prijszetting gaan we voor prijscategorie B uit van een basisprijs met fijne fractie + organisch stofgehalte ≤ 20 %.

Indien de waarde (fijne fractie + organisch stofgehalte) groter is wordt per ton een toeslag toegekend per % in meer dan de maximumwaarde voor het gehalte overschreden wordt.

Voorbeeld: Indien het gehalte voor een partij van 500 ton ingediend in prijscategorie B 33 % bedraagt, dan wordt een toeslag van 500 ton x de toeslagprijs (in €/ton/%overschrijding) x 13 % toegekend.

Er dient een eenheidsprijs te worden opgegeven voor volgende posten:

- Post 4.11.2.1 : Toeslag verhoogde fijne fractie en organisch stofgehalte voor categorie A (€/ton/%overschrijding)
- Post 4.11.2.2 : Toeslag verhoogde fijne fractie en organisch stofgehalte voor categorie B (€/ton/%overschrijding).”

3.3. Op 21 september 2015 worden de inschrijvingen geopend. Er blijken negen offertes te zijn ingediend.

Voor de huidige zaak lijken daarvan enkel de volgende drie laagste offertes relevant:

- | | |
|-----------------------|-------------------------------------|
| - thv Envisan Aclagro | 2.910.946,90 euro (btw inbegrepen); |
| - nv DEC (DEME) | 2.796.748,88 euro (btw inbegrepen); |
| - nv SITA Remediation | 2.412.733,90 euro (btw inbegrepen). |

3.4. Blijkens het gunningsverslag van 29 februari 2016 heeft enkel de thv Envisan Aclagro de door het bestek opgelegde berekening voor de posten 4.11.2.1 en 4.11.2.2 correct uitgevoerd en moeten de prijzen van de overige inschrijvingen worden herberekend.

Dit heeft onder meer tot gevolg dat de offerte van de nv SITA Remediation niet langer de laagste is maar na herberekening met een prijs van

3.127.898,44 euro, btw inbegrepen, nu de tweede laagste is. De offerte van de nv DEC (DEME) gaat ingevolge de herberekening naar een prijs van 3.946.424,33 euro zelfs van de tweede naar de achtste plaats in de rangschikking. De offerte van de thv Envisan Aclagro is na rekenkundig nazicht met 2.936.446,13 euro, btw inbegrepen, nu de laagste offerte.

Het gunningsverslag licht deze herberekening als volgt toe:

“Opmerking: op bladzijde 63/81 van het bestek wordt bepaald hoe de inschrijvers de posten 4.11.2.1 en 4.11.2.2 [...] moet[en] invullen.

De inschrijvers moeten m.n. de formules toepassen zoals voorzien is in het bestek, rekening houdend met een overschrijding van 15% fijne fractie en organisch stofgehalte op een vermoedelijke hoeveelheid van resp. 12.470 ton en 500 ton.

M.a.w. dient de eenheidsprijs voor de posten 4.11.2.1 en 4.11.2.2 als volgt te worden bepaald:

- De basisprijs voor het reinigen van de opgegraven bodem dient, zoals blijkt uit het bestek en de meetstaat opgegeven te worden onder resp. posten 4.11.1.1 (voor categorie A) en 4.11.1.2 (voor categorie B). In deze basisprijs is overeenkomstig het technisch bestek (blz. 63/81) inbegrepen, de kost voor eventuele verfijnde fractie en organisch stofgehalte tot 35% voor categorie A en tot 20% voor categorie B.
- De eenheidsprijs opgegeven voor posten 4.11.2.1 (voor categorie A) en 4.11.2.2 (voor categorie B) betreft vervolgens overeenkomstig het technisch bestek en de meetstaat de toeslag voor eventuele verfijnde fractie en organisch stofgehalte dat deze percentages van 35% resp. 20% overschrijdt. Om een prijsvergelijking te kunnen maken tussen de verschillende inschrijvers, werd dit percentage in de meetstaat op 15% gezet. In het technisch bestek wordt dan ook gesteld dat de grenswaarden worden vastgelegd in het bestek ten behoeve van de invulling van de eenheidsprijzen zodat enkel op deze manier een correcte prijsvergelijking kan gebeuren (blz. 59/81).

Voor categorie A (post 4.11.2.1) wordt dan als volgt gerekend om de eenheidsprijs X te bekomen (conform artikel 4.4.11.2 van het technisch bestek): $500 \text{ ton} \times 15\% \times \text{€/ton\%}$. Aangezien ton en % zowel in noemer als teller staan, heffen deze elkaar op, zodat uiteindelijk de totale prijs bedraagt: $500 \times 15 \times (\text{eenheidsprijs}) =$ (bedrag in te vullen post).

Voor categorie B (post 4.11.2.2) wordt dan als volgt gerekend om de eenheidsprijs X te bekomen (conform artikel 4.4.11.2 van het technisch bestek): $12.470 \text{ ton} \times 15\% \times X \text{ €/ton\%}$. Aangezien ton en % zowel in noemer als teller staan, heffen deze elkaar op, zodat uiteindelijk de totale prijs bedraagt: $12.470 \times 15 \times (\text{eenheidsprijs}) =$ (bedrag in te vullen post).

THV Envisan Aclagro was de enige inschrijver die zelf de in het bestek opgeleg[d]e berekening [...] heeft doorgevoerd. Alle inschrijvingen werden op deze wijze herberekend.”

Voorts wordt in het gunningsverslag onder “6.3.2 Controle van de door de inschrijvers gesignaleerde wijzigingen in de hoeveelheden” het volgende opgemerkt over de offerte van de thv Envisan Aclagro:

“[A]ls enige gaat deze inschrijver over de formules toegepast voor de posten 4.11.2.1 (voor categorie A) en 4.11.2.2 (voor categorie B) overeenkomstig artikel 59/81 van het bestek. Zij kwalificeert zulks als een ‘verbetering’.

→ In feite betreft het geen verbetering maar wel een correcte toepassing van het bestek. Of het nu een verbetering of een gewone rekenkundige controle van de offertes betreft, in elk geval dient op alle inschrijvingen de bestekformule toegepast te worden.”

Vervolgens wordt in het gunningsverslag nog het volgende vermeld:

“6.4. Prijsverantwoording

Bij het prijsonderzoek na de rangschikking van de prijzen valt op dat precies voor de posten [4.11.2.1] en 4.11.2.2. eenheidsprijzen per ton% worden opgegeven die in belangrijke mate van elkaar afwijken. Aldus werd aan THV Envisan Aclagro (lage prijs), Sita Remediation (hoge prijs) en DEME (hoge prijs) om prijsverantwoording gevraagd.

Wat post 4.11.2.1. betreft legt THV Envisan Aclagro uit dat per extra percent fijne fractie 0,3% extra kalk toegevoegd wordt voor stabilisatie en dat bovenop de kost van de bekalking 10% algemene kosten en winst worden aangerekend, hetgeen aanvaardbaar is.

Wat post 4.11.2.2 betreft, wordt toelichting gegeven over de kost van het laden van het slib, het transport, de storkost inclusief de heffing, de gewichtstoename na wassing, met opnieuw 10% voor algemene kosten en winst, hetgeen aanvaardbaar is.

De totaalprijs die door de THV Envisan Aclagro wordt aangeboden, na rekenkundige controle, wijkt slechts 10% af van de ramingsprijs.

Verder wordt niet ingegaan op de prijsverantwoording van Sita Remediation en DEME omdat de prijsverantwoording van THV Envisan Aclagro wordt aanvaard en deze daardoor de laagste inschrijver is.”

Het gunningsverslag besluit met het voorstel om de opdracht te gunnen aan de thv Envisan Aclagro.

3.5. In het kader van het onderzoek van de offertes had de verwerende partij op 10 december 2015 een “prijsverantwoording” gevraagd aan de thv Envisan Aclagro, de nv DEME en de nv SITA Remediation.

Wat deze laatste inschrijver betreft, luidt het schrijven van 10 december 2015 als volgt:

“[...]

Onderzoek van de offertes bracht [...] een tegenstrijdigheid aan het licht tussen bestek en meetstaat. Conform artikel 85 van het KB Plaatsing krijgt het bestek voorrang op de meetstaat en hieruit blijkt inderdaad ook de juiste intentie van de Aanbestedende Overheid.

Correcties in de zin van artikel 97 KB Plaatsing worden dan ook doorgevoerd. Bij deze stelden wij vast dat u voor de posten 4.11.2.1 en 4.11.2.2. van de meetstaat van onderhavig bestek een abnormaal hoge prijs heeft voorzien. Conform artikel 96 § 4 van het KB Plaatsing willen wij u dan ook graag een verantwoording van deze prijzen vragen.

Kan u ons toelichten hoe u aan een dergelijke prijs komt, gezien deze toch vrij sterk afwijkt van wat wij afleiden zowel uit de andere offertes als de door ons opgevraagde marktprijzen. [...]”

De drie voornoemde inschrijvers hebben allen een antwoord bezorgd aan de verwerende partij.

3.6. Op 2 maart 2016 neemt de verwerende partij, verwijzend naar het voormelde gunningsverslag, de thans bestreden beslissing om de opdracht te gunnen aan de thv Envisan Aclagro voor een bedrag van 2.787.376,86 euro, btw inbegrepen.

3.7. Met een brief gedateerd 3 maart 2016 – maar pas aangetekend verzonden op 8 maart 2016 – brengt de verwerende partij het gunningsverslag ter kennis van de nv SITA Remediation. De gunningsbeslissing zelf lijkt pas op 18 maart 2016 te zijn nagestuurd.

IV. Tussenkomst

4. De thv Envisan Aclagro blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek 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’ 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.

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

‡CBEQLDJAE-BCEHEEV‡

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 kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert in het eerste middel de schending aan van “artikel 24 van de Wet van 15 juni 2006 juncto artikel 100 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011, [...] van artikel 83, artikel 84, § 2 en van artikel 96 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011, het rechtsbeginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’, het gelijkheidsbeginsel, het mededingingsbeginsel, het transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel van de materiële motivering”.

In hetgeen een “samenvatting” wordt genoemd, zijn de voormelde schendingen opnieuw vermeld en wordt vervolgens aangegeven:

“Doordat, na de aanpassing van de offertes, Verwerende Partij op basis van een vermeend rekenkundig nazicht in toepassing van artikel 96 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011, de eenheidsprijzen voor de posten 4.11.2.1 en 4.11.2.2 van de meetstaat heeft herberekend, met als gevolg dat de rangschikking van de offertes substantieel werd gewijzigd;

Doordat deze herberekening steunt op een aanpassing van de in de meetstaat opgenomen vermoedelijke hoeveelheden voor de betreffende posten, waarbij in het verslag van nazicht een onder de vorm van een voorbeeld in het Bestek opgenomen berekening als verplicht te hanteren formule wordt voorgesteld;

Doordat Verwerende Partij hierbij verwijst naar een tegenstrijdigheid tussen het Bestek en de meetstaat, die op basis van artikel 85, § 1 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 op basis van een voorrang voor het Bestek moet worden beslecht;

Terwijl artikel 96 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 het recht voor een aanbestedende overheid om prijzen uit een offerte te wijzigen, beperkt tot rekenfouten en zuiver materiële fouten;

Terwijl artikel 83 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 het wijzigen van fouten in vermoedelijke hoeveelheden, opgenomen in de samenvattende opmeting, slechts toelaat mits voldaan is aan volgende voorwaarden:

- (i) de voorgestelde verbetering bedraagt minstens vijftientwintig percent in meer of in min van de hoeveelheid van de post in kwestie; en
- (ii) de inschrijver voegt bij zijn offerte een nota ter verantwoording van zijn verbetering;

Terwijl, nu de Opdracht een overheidsopdracht voor aanneming van diensten vormt – zie tweede middel – artikel 84, § 2 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 een verbetering van de in de opdrachtdocumenten opgenomen vermoedelijke hoeveelheden slechts toestaat voor zover de opdrachtdocumenten hiertoe toestemming geven, wat in casu niet het geval is;

Terwijl het rechtsbeginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’, het gelijkheidsbeginsel, het mededingingsbeginsel, het transparantiebeginsel, alsmede het zorgvuldigheidsbeginsel aan een aanbestedende overheid niet toelaten om de door één inschrijver klaarblijkelijk verrichte interpretatie van het bestek, ontleend aan een voorbeeld, als maatstaf te hanteren voor het herberekenen van de offertes van alle andere inschrijvers, wanneer deze herberekening inhoudt dat de vermoedelijke hoeveelheden van de samenvattende opmeting worden gewijzigd zonder dat voldaan is aan de voorwaarden voor een verbetering, m.n. de aanwezigheid van een rekenfout of een zuiver materiële fout, dan wel een rechtsgeldig door de betrokken inschrijver voorgestelde verbetering van de in de samenvattende opmeting opgenomen vermoedelijke hoeveelheden;

Terwijl er geen tegenstrijdigheid tussen het Bestek en de meetstaat voorligt, nu in het Bestek voor de post 4.11.2.2 enkel een voorbeeld is opgenomen, die voor een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver in rechte niet kan aangemerkt worden als een wijziging van de voor deze post in de meetstaat opgenomen vermoedelijke hoeveelheid;

Terwijl trouwens geen enkele andere inschrijver behoudens [de thv Envisan Aclagro] blijkbaar de betreffende bepaling van het Bestek op deze wijze heeft geïnterpreteerd;

Terwijl Verzoekende Partij belang heeft bij haar middel nu, naar aanleiding van een door Verwerende Partij gevraagde prijsverantwoording, zij haar eenheidsprijzen voor de betreffende posten van de samenvattende opmeting heeft toegelicht, met opgave van de gevolgen op de eenheidsprijzen, indien de vermoedelijke hoeveelheden zouden worden

aangepast, waarbij Verwerende Partij evenwel deze verantwoording integraal terzijde heeft gesteld;

Zodat de Bestreden Beslissing artikel 24 van de Wet van 15 juni 2006 juncto artikel 100 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011, artikel 83, artikel 84, § 2, alsmede artikel 96 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 schendt, in samenhang met het rechtsbeginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel, het mededingingsbeginsel, het beginsel van de materiële motivering en het zorgvuldigheidsbeginsel.”

Dit betoog wordt gevolgd door een tekst van zeven bladzijden die de “Relevante wettelijke en reglementaire bepalingen, alsmede geschonden rechtsbeginselen” betreft, een “Toelichting” van elf bladzijden die het middel concreet invult met onder meer diverse rekenkundige bewerkingen en extrapolaties, en ten slotte een uiteenzetting over het belang bij het middel van drie bladzijden, eveneens cijfermatig onderbouwd.

Beoordeling

7. Overeenkomstig artikel 24, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ dient, wanneer de aanbestedende overheid beslist de opdracht te plaatsen bij aanbesteding, de opdracht te worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

8. De artikelen 83 en 84 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) luiden:

“Art. 83. § 1. Indien bij de opdrachtdocumenten van een opdracht voor werken een samenvattende opmeting is gevoegd, vult de inschrijver haar in en maakt hij de nodige berekeningen.
§ 2. De inschrijver voert, rekening houdende met de opdrachtdocumenten, zijn beroepskennis of persoonlijke vaststellingen, verbeteringen door voor :
1° de fouten die hij ontdekt in de forfaitaire hoeveelheden;

2° de fouten die hij ontdekt in de vermoedelijke hoeveelheden, op voorwaarde dat de voorgestelde verbetering minstens vijftientig percent in meer of in min van de hoeveelheid van de post in kwestie bedraagt;
3° de leemten in de samenvattende opmeting.
Hij voegt bij zijn offerte een nota ter verantwoording van deze verbeteringen.

Art. 84. § 1. Indien bij de opdrachtdocumenten van een opdracht voor leveringen of diensten een inventaris is gevoegd, vult de inschrijver hem in en maakt hij de nodige berekeningen.

§ 2. De inschrijver voert, rekening houdende met de opdrachtdocumenten, zijn beroepskennis of persoonlijke vaststellingen, verbeteringen door voor :
1° de fouten die hij ontdekt in de forfaitaire en vermoedelijke hoeveelheden, voor zover de opdrachtdocumenten hiertoe uitdrukkelijk de toestemming geven;

2° de leemten in de inventaris.

Hij voegt bij zijn offerte een nota ter verantwoording van deze verbeteringen.”

9. Artikel 96 van hetzelfde koninklijk besluit luidt:

“Art. 96. § 1. De aanbestedende overheid verbetert de rekenfouten en de zuiver materiële fouten in de offertes, zonder dat zij voor niet-ontdekte fouten aansprakelijk is.

Om deze fouten te verbeteren gaat de aanbestedende overheid de werkelijke bedoeling na van de inschrijver, door de offerte te onderzoeken en te vergelijken met de andere offertes en met de marktprijzen en door desnoods § 4 toe te passen.

Als er in dit laatste geval geen toelichting gegeven is of de toelichting niet aanvaardbaar is voor de aanbestedende overheid, verbetert ze de fouten naar eigen bevindingen. Mocht dit niet mogelijk zijn, dan kan de aanbestedende overheid hetzij beslissen dat de opgegeven eenheidsprijzen van toepassing zijn, hetzij de offerte als onregelmatig weren.

§ 2. De aanbestedende overheid verbetert de offertes in functie van de door haar of een inschrijver vastgestelde rekenfouten en zuiver materiële fouten in de opdrachtdocumenten.

§ 3. Indien de aanbestedende overheid rechtstreeks fouten verbetert in via elektronische middelen opgestelde offertes, bewaart zij de oorspronkelijke versie van die offertes en ziet zij erop toe dat haar rechtzettingen duidelijk identificeerbaar zijn, terwijl ook de oorspronkelijke gegevens zichtbaar blijven. De aanbestedende overheid ondertekent haar verbeteringen of de aangepaste versie via elektronische middelen die voldoen aan artikel 52, § 1, eerste lid, 1°.

§ 4. De aanbestedende overheid kan aan de inschrijver vragen om binnen de door haar bepaalde termijn de draagwijdte van zijn offerte te verduidelijken of aan te vullen, zonder deze te wijzigen.”

10. In het middel wordt naast de schending van de hiervoor aangehaalde bepalingen, ook de schending ingeroepen van artikel 100 van het koninklijk besluit Plaatsing. Het is niet meteen klaar hoe de bestreden beslissing deze bepaling, die in essentie varianten en prijskortingen betreft, zou miskennen. De verzoekende partij verduidelijkt dit alleszins niet in het verzoekschrift. In die mate is het middel reeds op het eerste gezicht niet ontvankelijk.

11.1. Het middel lijkt uit te gaan van de veronderstelling dat de verwerende partij bij het rekenkundig nazicht van de offertes de vermoedelijke hoeveelheden voor de posten 4.11.2.1 en 4.11.2.2 zou hebben gewijzigd onder meer in de offerte van de verzoekende partij.

11.2. Uit de stukken van het administratief dossier mag op het eerste gezicht worden besloten dat dit echter niet het geval lijkt. De betrokken posten van de meetstaat hanteren immers de wel erg bijzondere eenheid “ton%” en als vermoedelijke hoeveelheid werd daarbij “15” opgegeven in het bestek. De verwerende partij lijkt bij de herberekening geen andere eenheid of waarde te hebben gebruikt. Wel is het zo dat zij de concrete berekeningswijze gehanteerd in de offerte van de verzoekende partij voor de totaalprijs van deze posten heeft verbeterd met toepassing van – althans volgens de brief van de verwerende partij van 10 december 2015 – artikel 96 van het koninklijk besluit Plaatsing.

Uit de offerte van de verzoekende partij – die zij zelf in haar verzoekschrift uitdrukkelijk citeert en waarvan zij aldus in die mate zelf het vertrouwelijk karakter heeft gelicht – blijkt dat zij voor de posten 4.11.2.1 en 4.11.2.2 haar eenheidsprijs eenvoudig heeft vermenigvuldigd met het opgegeven ton-percentage om tot volgend resultaat te komen:

“

Post	Omschrijving	Type	Eenheid	Hoeveelheid	eenheidsprijs	totaal
4.11.2.1	Toeslag verhoogde fijne fractie en organisch stofgehalte voor categorie A	VH	TON%	15,00	4,00	60,00
4.11.2.2	Toeslag verhoogde fijne fractie en organisch stofgehalte voor categorie B	VH	TON%	15,00	3,00	45,00

”

Deze werkwijze zou, zo lijkt het, inderdaad correct kunnen zijn indien de betrokken posten van de meetstaat de gewone ton als eenheid zouden hanteren. Dit is echter niet het geval. Het gaat immers om “ton%”, wat blijkens het bestek verwijst naar de mate waarin de verontreinigde gronden van categorie A en B een verhoogde waarde fijne fractie en organisch stofgehalte bevatten, die de voor deze categorieën vooraf bepaalde maximumwaarde van respectievelijk 35 % en 20 % overstijgt.

De vermoedelijke hoeveelheden in de samenvattende opmeting zijnde “15,00” drukken aldus een hypothetisch overschrijdingspercentage uit waarmee de maximumwaarden 35 % en 20 % voor de gronden categorie A en B worden overstegen, zoals benadrukt in het verslag van nazicht.

Uit het bestek lijkt aldus de wijze om te komen tot een totaalprijs en eenheidsprijs voor de posten 4.11.2.1 en 4.11.2.2 te kunnen worden afgeleid. In die berekening lijkt evenzeer rekening te moeten worden gehouden met het volledige tonnage aan verontreinigde grond per categorie waarop het betrokken verhogingspercentage moet worden toegepast.

Er lijkt – in tegenstelling tot wat blijktbaar werd aangenomen door de verwerende partij in haar schrijven van 10 december 2015 aan de verzoevende partij – op dit punt geen tegenstrijdigheid tussen bestek en samenvattende opmeting voorhanden.

Zoals de verwerende partij opmerkt in haar nota lijkt een eenvoudige vermenigvuldiging van enerzijds de eenheidsprijs per procent overschrijding met anderzijds het vermoedelijke percentage overschrijding op het eerste gezicht niet tot een totaalprijs voor de twee betrokken posten van de meetstaat te leiden die het mogelijk maakt de geboden prijzen te vergelijken.

Indien de verzoevende partij twijfels had bij het opstellen van haar offerte en het invullen van de samenvattende opmeting had zij de verwerende partij op dit punt, zo lijkt het, kunnen – of zelfs moeten – bevragen alvorens een offerte in te dienen. Zij heeft dit echter niet gedaan. De gevolgen voor de rangschikking van haar offerte van het feit dat zij schijnbaar over het %-teken in de

‡CBEQLDJAE-BCEHEEV‡

eenheid “ton%” heen heeft gelezen, lijkt zij dan ook zelf te moeten dragen. In dit verband lijkt het niet zonder relevantie om te wijzen op het feit dat ook in haar antwoord op het verzoek om haar offerte te verduidelijken – door de verwerende partij aangemerkt als een “prijsverantwoording” – de verzoekende partij nog steeds uitgaat van een ongewijzigde inschatting van een vermoedelijke hoeveelheid “VH: 15 ton”.

De verwerende partij lijkt zich bij het nazicht van de offertes op het eerste gezicht dan ook te hebben beperkt tot het louter uitvoeren van een rekenkundig nazicht en het verbeteren van rekenfouten bij de andere dan de gekozen offertes en lijkt daarbij *prima facie* geen wijzigingen te hebben aangebracht in de in de samenvattende opmeting opgenomen vermoedelijke hoeveelheden voor de posten 4.11.2.1 en 4.11.2.2. Zij heeft bij de herberekening van de door de verzoekende partij opgegeven totaalprijzen voor deze posten in elk geval, zo lijkt het, geen ander tonpercentage toegepast dan de vooropgestelde vermoedelijke hoeveelheid van 15 ton%. Het middel lijkt in zoverre op een onjuist feitelijk uitgangspunt te berusten. De artikelen 83 en 84 van het koninklijk besluit Plaatsing, die allebei verbeteringen door inschrijvers regelen, lijken niet van toepassing en kunnen dan ook niet geschonden lijken.

Dat de gekozen inschrijver deze besteksconforme manier van rekenen in zijn offerte heeft aangemerkt als een aanpassing van vermoedelijke hoeveelheden op grond van artikel 83 van het koninklijk besluit Plaatsing lijkt in dat licht niet relevant. De verwerende partij lijkt immers op het eerste gezicht bij haar onderzoek van de offertes niet gebonden door deze eigenhandige kwalificatie van de gekozen inschrijver. Evenmin lijkt de brief van 10 december 2015 – waarin de verwerende partij nog enigszins op het verkeerde been lijkt gezet door de gekozen inschrijver – bepalend in het licht van de uiteindelijk uitgevoerde herberekening van de offertes.

Aangezien, zo lijkt, de voormelde artikelen 83 – inzake werken – en 84 – inzake leveringen en diensten – van het koninklijk besluit Plaatsing niet van toepassing zijn, lijkt het niet vereist om in het kader van het eerste middel in te gaan op de kritiek dat de opdracht als een opdracht van diensten moet worden gekwalificeerd waarbij alsdan te dezen geen aanpassing van vermoedelijke

hoeveelheden mogelijk zou zijn, gelet op de bepalingen van artikel 84 koninklijk besluit Plaatsing.

Door aan te nemen dat de offerte van de verzoekende partij voor de posten 4.11.2.1 en 4.11.2.2 van de samenvattende opmeting behept was met rekenfouten in de zin van artikel 96 koninklijk besluit Plaatsing en deze fouten te verbeteren aan de hand van de rekenformule, gesteund op het bestek, lijkt de verwerende partij *prima facie* niet buiten de grenzen van de van haar vereiste zorgvuldigheid te hebben gehandeld.

12. Voorts lijkt het feit dat maar één inschrijver de in het bestek vooropgestelde berekeningswijze juist heeft toegepast, op zich de rekenkundige verbetering van de offertes van de overige inschrijvers aan de hand van de correcte formule alvast niet onwettig te maken.

Het lijkt daarnaast allerminst evident om, zoals de verzoekende partij doet gelden onder een hoofding “Belang [...] bij het [...] middel”, zomaar aan te nemen, steunend op een aantal – niet eenvoudige – berekeningen die zij maakt, dat de verwerende partij bij de herberekening van de totaalprijzen voor de posten 4.11.2.1 en 4.11.2.2 rekening had moeten houden met andere – lagere – eenheidsprijzen dan diegene die de verzoekende partij in haar offerte had opgegeven. Overeenkomstig artikel 96, § 4, koninklijk besluit Plaatsing is het de inschrijver immers niet toegelaten om bij de verbetering van rekenfouten wijzigingen aan te brengen in zijn offerte.

Voorts lijkt het in dat licht geen schending in te houden van de materiële motiveringsverplichting dat de verwerende partij in de bestreden beslissing geen rekening heeft gehouden met het schrijven van de verzoekende partij in replek op de vraag om toelichting *ex* artikel 96, § 4, koninklijk besluit Plaatsing. In dit schrijven – zoals dit door de verzoekende partij wordt geciteerd op bladzijde 32 van het verzoekschrift en in die mate aldus door haarzelf aan de vertrouwelijkheid wordt onttrokken – suggereert de verzoekende partij immers om bij het rekenkundig nazicht rekening te houden met verlaagde en dus gewijzigde prijzen. Een contactname met een inschrijver *ex* artikel 96, § 4, koninklijk besluit

Plaatsing mag evenwel niet tot onderhandelingen of wijzigingen van de offerte leiden, enkel tot verduidelijking of aanvullingen.

13. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

14. De verzoekende partij voert in het tweede middel de schending aan van “artikel 3, 2° en 4° en van artikel 19 van de Wet van 15 juni 2006; [...] van artikel 34 juncto artikel 32 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011; [...] van het beginsel van de mededinging; [...] van artikel 4 van de Verordening (EG) nr. 2195/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende de gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten (CPV)”.

Haar “samenvatting” luidt, na de vermelding van de geschonden geachte normen:

“Doordat, met het oog op het verzekeren van de openheid en de doorzichtigheid bij de gunning van overheidsopdrachten, de aard van een overheidsopdracht - werken, leveringen of diensten - moet worden bepaald met toepassing van de gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten of ‘CPV’;

Doordat de kwalificatie van de Opdracht substantiële rechtsgevolgen heeft zowel in de gunningsfase, o.a. wat betreft de toepasselijke drempelwaarde voor de bekendmaking, de vereisten inzake de erkenning en de mogelijkheid tot het aanpassen van de vermoedelijke hoeveelheden (zie artikel 84 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011), als wat betreft de toepasselijke algemene uitvoeringsregelen;

Doordat Verwerende Partij de Opdracht heeft gekwalificeerd als een overheidsopdracht voor werken, zoals bedoeld in artikel 3, 2° van de Wet van 15 juni 2006;

Terwijl, op basis van de omschrijving van de Opdracht en uit te voeren werkzaamheden, m.n. ‘bodemsaneringswerken’, de Opdracht moet worden gekwalificeerd als een overheidsopdracht voor aanneming van diensten, m.n. ‘diensten inzake afvalwater, afval, reiniging en milieu’, zoals bedoeld

in categorie 16 van bijlage II.A bij de Wet van 15 juni 2006, zoals bevestigd door uw Raad in een arrest van 22 november 2011 (nr. 216.387);

Terwijl de kwalificatie van de Opdracht als opdracht voor aanneming van diensten, o.a. tot gevolg heeft dat de Opdracht, gegeven de geraamde waarde, het voorwerp diende uit te maken van een Europese bekendmaking en dat, overeenkomstig artikel 84, § 2 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011, het aan de inschrijvers niet was toegestaan om de vermoedelijke hoeveelheden van de posten van de samenvattende meetstaat te wijzigen;

Zodat de Bestreden Beslissing in samenhang met het Bestek, de artikelen 3, 2° en 4°, alsmede artikel 19 van de Wet van 15 juni 2006 schendt, in samenhang met Verordening (EG) nr. 2195/2002, alsmede artikel 29 juncto artikel 32, 3° van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011;

Zodat de Bestreden Beslissing, in samenhang met het Bestek, het gelijkheidsbeginsel, het mededingingsbeginsel en het transparantiebeginsel schendt;

Zodat, op basis van het arrest van 2 december 2005 (nr. 152.173), Verzoekende Partij ter staving van haar beroep tegen de Bestreden Beslissing, de onwettigheid waarmee het Bestek en de bekendmaking van de Opdracht zijn behept, nog steeds op ontvankelijke wijze mag aanvoeren;

Zodat, gegeven de miskennis van de bekendmakingsverplichtingen, de gunningsbeslissing en -procedure zijn gevitieerd en de Bestreden Beslissing onrechtmatig is (RvS nr. 136.791, 27 oktober 2004);

Zodat, indien het middel door uw Raad ernstig wordt bevonden, Verzoekende Partij een nieuwe kans zal bekomen om een offerte in te dienen met het oog op de gunning van de Opdracht, waarbij de Opdracht, overeenkomstig artikel 3, 4°, als een overheidsopdracht voor diensten zal worden gekwalificeerd en met naleving van de bekendmakingsvoorschriften zal worden bekendgemaakt.”

Hierop volgen een overzicht van geschonden geachte rechtsnormen en een toelichting.

Beoordeling

15. Bij de beoordeling van het eerste middel werd *prima facie* vastgesteld dat de verwerende partij de vermoedelijke hoeveelheden in de meetstaat niet lijkt te hebben aangepast en dat de artikelen 83 en 84 van het koninklijk besluit Plaatsing te dezen niet van toepassing lijken.

‡CBEQLDJAE-BCEHEEV‡

Nu de verzoekende partij haar belang bij het tweede middel in de eerste plaats lijkt te steunen op het verbod van een dergelijke aanpassing, lijkt dan ook te moeten worden vastgesteld dat dit belang bij het tweede middel is vervallen ingevolge het niet ernstig bevinden van het eerste middel.

In zoverre de verzoekende partij gewag maakt van een nieuwe kans om zich de opdracht te zien gunnen bij het aanvaarden van het middel, wordt opgemerkt dat het bestek te dezen uitdrukkelijk op bladzijde 9 bepaalt dat “[i]ndien een geïnteresseerde partij [...] onduidelijkheden, onvolkomenheden of onjuistheden zou vaststellen”, zij de aanbestedende overheid daarvan onmiddellijk op de hoogte dient te stellen en dat als zij zulks niet doet, dit “wordt aanzien als de uitdrukkelijke bevestiging vanwege de geïnteresseerde partij dat het bestek geen enkele onduidelijkheid, onjuistheid, fouten en/of leemten bevat”.

De verzoekende partij lijkt, zoals de verwerende partij terecht opmerkt in de nota, zonder inzake de kwalificatie van de opdracht voorafgaandelijk enige bedenking of opmerking te hebben geformuleerd, een offerte te hebben ingediend. Het wettigheidsbezwaar dat de verzoekende partij in het tweede middel inroept en dat de kwalificatie van de opdracht betreft, lijkt nochtans in elk geval meteen zichtbaar voor een redelijk geïnformeerd en normaal zorgvuldig inschrijver.

In deze omstandigheden lijkt de verzoekende partij haar belang op dat punt door eigen verzuim te hebben verbeurd. Dit klemmt des te meer nu zij in haar – als eerste aangevoerde middel – terzelfder tijd ten volle de afwikkeling nastreeft van de procedure zoals zij daaraan heeft deelgenomen.

Ten slotte lijkt het niet dat de mogelijkerwijs onterechte kwalificatie van de huidige opdracht als een opdracht van werken in plaats van als een opdracht van diensten, een invloed heeft uitgeoefend op de draagwijdte van de genomen beslissing, de verzoekende partij een waarborg zou hebben ontnomen of de bevoegdheid van de steller van de handeling heeft beïnvloed. Aldus lijkt ook vanuit de artikelen 14 en 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, het belang van de verzoekende partij bij het tweede middel niet vast te staan. De aangevoerde onregelmatigheid lijkt immers niet tot nietigverklaring aanleiding te

‡CBEQLDJAE-BCEHEEV‡

kunnen geven (artikel 14, § 1, tweede lid) en bijgevolg evenmin tot schorsing van de tenuitvoerlegging, die enkel mogelijk is indien de aangevochten akte vatbaar is voor nietigverklaring (artikel 17, § 1, eerste lid).

16. Het middel lijkt niet ontvankelijk.

VII. Besluit

17. Er blijkt geen middel te zijn aangevoerd dat ernstig is bevonden.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

VIII. Kosten

18.1. De verwerende partij vraagt in haar nota om de verzoekende partij te verwijzen in de betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

18.2. Er is te dezen 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’, de verwerende partij de door haar gevraagde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Envisan en de nv Aclagro, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, tot tussenkomst 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 rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkommende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 300 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 21 april 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter
bijgestaan door	

Greta Scheveneels,	griffier.
--------------------	-----------

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest