

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 235.300 van 30 juni 2016
in de zaak A. 219.398/XII-8155**

In zake: de NV VBG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marie Vastmans en Anthony Poppe
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de PROVINCIALE ONTWIKKELINGSMAATSCHAPPIJ
ANTWERPEN
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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, elektronisch ingesteld op 3 juni 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het Directiecomité van de POM Antwerpen houdende goedkeuring van het aanbestedingsverslag van 11 mei 2016 met in begrip van 5 bijhorende bijlagen en houdende gunning van de overheidsopdracht ‘Veiling Sint-Katelijne-Waver Zuid, infrastructuurwerken B10/004’, [...] betekend met een aangetekend schrijven van 23 mei 2016, ontvangen op 24 mei 2016”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 juni 2016, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Patrik De Maeyer, die *loco* advocaat Anthony Poppe verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Carlos De Wolf en Charlotte De Wolf, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd 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 “B 10/004 Ontsluiting en ontwikkeling regionaal bedrijventerrein Veiling Zuid – deel infrastructuur: AANLEG - Sint-Katelijne-Waver” en kort beschreven als “Aanleg van riolering en wegeniswerken bedrijventerrein Veiling Zuid – Sint-Katelijne-Waver”.

De opdracht, met een geraamde waarde van 7.815.629,08 euro, btw niet inbegrepen, wordt op 12 januari 2016 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 15 januari 2016 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

De opdracht is onderworpen aan bijzonder bestek “Regionaal Bedrijventerrein Ontsluiting en ontwikkeling van Regionaal Bedrijventerrein ‘Veiling Zuid’ – Deel Infrastructuur Sint-Katelijne-Waver” B10/004.

‡DAGQMBBAA-BCFHIHV‡

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 10 maart 2016 om 11u. Vijf inschrijvers dienden een offerte in, namelijk:

- de nv Aswebo: 8.868.609,90 euro
- de nv Aertssen: 8.957.239,46 euro
- de nv Deckx: 7.775.053,72 euro
- de nv V.B.G.: 8.676.986,07 euro
- de nv D.C.A.: 8.921.537,72 euro (prijzen btw inbegrepen).

3.3. De nv Deckx deelt op 8 april 2016 blijkbaar per aangetekend schrijven en per faxbericht mee dat naar aanleiding van de afgeroepen prijzen op de openingszitting werd vastgesteld dat er een “aanzienlijke kloof” was tussen de door haar aangeboden prijs en deze van de overige inschrijvers, dat zij op grond hiervan haar inschrijving grondig heeft geverifieerd en hierbij heeft moeten vaststellen dat “voor de posten m.b.t. de waterkerende beschoeiing een belangrijke fout in de kostenberekening is gemaakt”:

“Rekening houdende met de bepalingen zoals opgenomen in [het] bijzonder bestek zijn in [de posten 281, 282 en 390] de extra kosten opgenomen om de rioolsleuven en betrokken bouwputten uit te rusten met een waterkerend damplankenscherm. Hierbij is rekening gehouden om dit uit te voeren met eigen materieel en materiaal waarover wij beschikken. Wij hebben echter vastgesteld dat onze aangeboden eenheidsprijs enkel de levering en de plaatsing voorziet. Evenwel zijn de kosten voor de aankoop/afschrijving van de betrokken damplanken vergeten in rekening te brengen.”

Volgens deze brief dienen “rekening houdende met voorgaande [...] de betrokken eenheidsprijzen als volgt te worden aangepast”:

- post 281: 41,06 euro/m wordt 182,24 euro/m
- post 282: 45,54 euro/m wordt 186,72 euro/m
- post 390: 47,08 euro/m wordt 188,26 euro/m.

De nv Deckx vraagt tenslotte “deze fout, dewelke een aanzienlijk belang vertegenwoordig[t], te willen rechtzetten” in haar offerte.

Bijgevoegd is een gedetailleerde prijsopbouw van deze posten met onderbouwing van de eenheidsprijs en ook een offerte van 5 november 2014 voor de levering van stalen damwanden.

3.4. Bij brief van 21 april 2016 antwoordt de verwerende partij dat overeenkomstig artikel 87 van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ van 15 juli 2011 (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) de inschrijver na de opening van de openingszitting zich niet meer mag beroepen op vormgebreken, fouten of leemten in zijn offerte, en dat de offerte van de nv Deckx dan ook zal worden beoordeeld zoals ingediend.

3.5. In het aanbestedingsverslag van 11 mei 2016 worden alle inschrijvers “geschikt” bevonden en alle offertes administratief conform.

Na de berekening van het gemiddeld inschrijvingsbedrag overeenkomstig artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing, zijnde 7.291.221,41 euro, wordt ingegaan op de voormelde brief van 8 april 2016 van de nv Deckx.

Er wordt geen gevolg gegeven aan het verzoek van de nv Deckx tot een aanpassing van de eenheidsprijzen in haar offerte voor de posten 281, 282 en 390 en gesteld dat de offerte van deze laatste onverkort wordt behandeld op grond van alle cijfers opgenomen in de ingediende offerte.

Het verslag luidt onder meer :

“7. NAZICHT PRIJZEN EN RANGSCHIKKING

7.1. Lage eenheidsprijzen/hoge eenheidsprijzen

[...]

Nazicht van de vergelijkingstabel toont aan dat er bij iedere inschrijver verschillende posten worden aangetroffen met eenheidsprijzen die meer dan 15% (soms meer dan 30 % en soms meer dan 50%) afwijken in min of in meer van het rekenkundig gemiddeld[e] per post. De vraag is of al de aangehaalde posten al dan niet ‘abnormaal laag’, respectievelijk ‘abnormaal hoog’ beschouwd kunnen worden. Onderzoek van de aangehaalde posten heeft niet aangetoond dat de opgegeven eenheidsprijzen abnormaal zouden zijn. Spijts duidelijke bepalingen van

het bestek is de prijsopbouw van de verschillende inschrijvingen niet gelijklopend voor een groot aantal posten. Iedere prijs is evenwel gelet op het materieel in bezit van inschrijver of de door hem te kiezen uitvoeringsmethode te verantwoorden. Er konden dan ook geen abnormaal hoge of lage eenheidsprijzen geduid worden.

7.2. Abnormaal inschrijvingsbedrag.

7.2.1. Het gemiddelde inschrijvingsbedrag (artikel 99 § 2) bedraagt € 7.291.221,41.

7.3. Aangetekend schrijven Deckx.

Op 8 april 2016 laat inschrijver Deckx per aangetekend schrijven en per fax aan de Opdrachtgever weten dat de ingediende offerte na de openingszitting nogmaals intern geverifieerd werd omdat men een groot prijsverschil ten opzichte van de andere inschrijvers vaststelde naar aanleiding van de openingszitting.

Daarbij bevestigt Deckx dat op basis van deze screening geconcludeerd werd dat er in het kader van de opmaak van de offerte een belangrijke fout gemaakt werd bij de kostenberekening voor de posten 281, 282 en 390.

Er werd bij de opmaak van de offerte door Deckx in de desbetreffende posten volgens Deckx enkel rekening gehouden met de levering en de plaatsing van damplanken, doch niet met de aankoop/afschrijving van deze materialen.

In haar schrijven voegt Deckx vervolgens aangepaste éénheidsprijzen inzake de posten 281, 282 en 390 met uitdrukkelijk verzoek aan de aanbestedende overheid om deze zogezegde fout dienovereenkomstig recht te zetten in het kader van de beoordeling.

De Opdrachtgever oordeelt in dit verband het volgende:

Krachtens artikel 87 van het KB Plaatsing van 15 juli 2011, is de inschrijver na de opening van de zitting niet meer gerechtigd om zich te beroepen op fouten of leemten die voorkomen in de samenvattende opmeting of de inventaris zoals verstrekt door de aanbestedende overheid. Bovendien kan hij zich vanaf dat ogenblik niet meer beroepen op vormgebreken, fouten of leemten in zijn offerte.

Het streven naar de gelijke behandeling van de inschrijvers en het streven om elke vorm van speculatie in hoofde van de inschrijvers te voorkomen verplichten de aanbestedende overheid om voormelde bepaling van K.B. Plaatsing zeer strikt toe te passen. Te meer het in deze context een aanbestedingsprocedure betreft en de inschrijvers aanwezig waren op de

openingszitting en aldaar kennis hebben genomen van de ingediende totaalprijzen.

Voormeld schrijven van Deckx doet evenmin afbreuk aan het gevoerde prijsonderzoek (zie punt 7.1. en 7.2.), nu precies in het nauwkeurig en systematisch prijsonderzoek werd vastgesteld dat de inschrijvers voor tal van posten lage of hoge eenheidsprijzen hanteerden, doch dat deze afwijkende prijzen geenszins van aard waren een abnormaal karakter te hebben en daarenboven niet resulteerden in een abnormaal totaal inschrijvingsbedrag.

Voorgaande vaststellingen doen besluiten dat de brief van Deckx d.d. 8 april 2016 dan ook verder buiten beschouwing wordt gelaten in functie van de beoordeling van de offertes alsook in functie van de uitvoering van de opdracht, voor zover de opdracht wordt toegewezen aan deze inschrijver. Aan het verzoek om over te gaan tot een aanpassing van de éénheidsprijzen in de offerte Deckx voor wat betreft de posten 281, 282 en 390 wordt dan ook geen gevolg gegeven. De offerte van Deckx wordt dan ook onverkort behandeld op basis van alle cijfers die werden opgenomen in de ingediende offerte.”

In het aanbestedingsverslag wordt voorts geconcludeerd dat de nv Deckx als laagst gerangschikte regelmatige inschrijver kan “weerhouden” worden voor een bedrag van 7.775.053,72 euro, btw inbegrepen, en dat dit inschrijvingsbedrag van 6.425.664,23 euro, btw niet inbegrepen, ongeveer 17,78 % onder de raming ligt en 11,87 % onder het gemiddelde volgens artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing.

3.6. Op 12 mei 2016 keurt het directiecomité van de POM Antwerpen dit aanbestedingsverslag en de bijlagen daarbij goed en beslist het om de opdracht te gunnen aan de nv Deckx.

Dit is de bestreden beslissing.

3.7. Bij aangetekende brief van 23 mei 2016 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat haar offerte niet is gekozen. De gemotiveerde gunningsbeslissing en het gunningsverslag met de bijlagen behalve de als vertrouwelijk beschouwde bijlage E worden bijgevoegd en er wordt meegedeeld dat de verwerende partij een wachttermijn van 15 kalenderdagen zal in acht nemen vooraleer de opdracht te sluiten.

Tegelijk wordt aan de nv Deckx meegedeeld dat haar offerte werd gekozen, maar dat nog een wachttermijn geldt en deze kennisgeving geen enkele contractuele verbintenis doet ontstaan.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. De verzoekende partij dient een pleitnota in waarin zij beoogt te antwoorden op de argumenten opgenomen in de nota. Dit stuk, dat niet geregeld is in de procedureregeling, wordt niettemin hierna in de beoordeling betrokken. De verwerende partij heeft daartegen ter terechtzitting geen bezwaar geuit en de verzoekende partij beperkte in hoofddorde haar mondelinge tussenkomst door te verwijzen naar deze pleitnota.

V. 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 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 kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Enig middel in het inleidend verzoekschrift

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij formuleert dit middel als volgt :

“Het enig middel wordt genomen uit de schending door de bestreden beslissing van:

- het gelijkheidsbeginsel inzake overheidsopdrachten, vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 5 van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006;
- artikel 24 van de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006;
- de artikelen 21 en 95 en 99, § 1, van het K.B. plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 15 juli 2011;
- de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

Doordat de gekozen inschrijver aan de aanbestedende overheid heeft meegedeeld voor drie belangrijke posten in de samenvattende opmeting verkeerde prijzen te hebben opgegeven;

Doordat de prijzen voorgesteld door de gekozen inschrijver voor deze posten inderdaad meer dan 50 % lager lagen dan de gemiddelde prijs voorgesteld door de andere inschrijvers;

Doordat de gekozen inschrijver gevraagd heeft om deze prijzen aan te passen aangezien zij te laag waren rekening houdend met de kosten die de posten in kwestie vertegenwoordigen;

Doordat de aanbestedende overheid terecht heeft geoordeeld dat de prijzen van de gekozen inschrijver niet meer konden worden aangepast op straffe van een schending van het gelijkheidsbeginsel tussen de inschrijvers;

Doordat de offerte van de gekozen inschrijver echter niet als onregelmatig geweerd werd;

Doordat het regelmatigheidsonderzoek dus niet op een zorgvuldige wijze werd gevoerd en de opdracht werd gegund aan een inschrijver die een onregelmatige offerte heeft ingediend;

Doordat het besluit getrokken in het kader van het regelmatigheidsonderzoek in het algemeen en het prijzenonderzoek steunt op rechtens niet aanvaardbare en kennelijk onredelijke motieven;

Terwijl de gelijkheid tussen de inschrijvers vereist dat de offerte van de gekozen inschrijver moet voldoen aan de inhoudelijke voorwaarden van het bestek;

Terwijl de overheidsopdracht via aanbesteding moet worden gegund aan de laagste regelmatige inschrijver;

Terwijl het regelmatigheidsonderzoek in het algemeen ertoe strekt om er voor te zorgen dat de opdracht kan worden uitgevoerd tegen de door de inschrijver voorgestelde voorwaarden;

Terwijl een offerte waarin abnormaal lage prijzen worden aangeboden, die niet in verhouding staan tot de kosten die een post in de samenvattende opmeting vertegenwoordigt, moet worden geweerd;

Terwijl elke administratieve rechtshandeling moet steunen op rechtens aanvaardbare motieven ;

Terwijl geen administratieve rechtshandeling kennelijk onredelijk mag zijn;

Terwijl elke administratieve rechtshandeling moet steunen op een zorgvuldig onderzoek van het dossier;

Zodat de in het middel aangehaalde beginselen geschonden worden.”

In de toelichting bij het middel benadrukt de verzoekende partij onder meer dat in het aanbestedingsverslag werd gesteld dat de nv Deckx zelf met een schrijven van 8 april 2016 en dus na de opening van de offertes heeft meegedeeld dat zij naar aanleiding van de openingszitting heeft vastgesteld dat haar totale prijs “verdacht laag bleek te zijn in vergelijking met de prijzen van de andere inschrijvers”, dat als gevolg van het onderzoek dat de nv Deckx van haar offerte had verricht, is gebleken dat deze “een fout had gemaakt bij de berekening van haar prijs voor drie belangrijke posten in de samenvattende opmeting”, dat “er

met name bij een aantal posten met betrekking tot de plaatsing van damplanken wel rekening gehouden werd met de kosten van plaatsing maar niet met de aankoopprijs van deze damplanken en de afschrijvingskosten ervan” en dat door de nv Deckx nieuwe prijzen werden meegedeeld voor deze posten 281, 282 en 390. Waar de verwerende partij terecht heeft geoordeeld dat de offerte van de nv Deckx en de prijzen ervan niet meer gewijzigd konden worden, heeft zij volgens de verzoekende partij echter ten onrechte deze offerte niet als substantieel onregelmatig geweerd.

De gekozen inschrijver heeft zelf erkend dat er een fout was gebeurd bij de berekening van zijn prijzen voor de drie posten in kwestie. De door deze inschrijver opgegeven prijzen beantwoorden bijgevolg niet aan de realiteit. Bovendien heeft de door de gekozen inschrijver gemaakte fout eveneens tot gevolg dat de totale prijs die in zijn offerte werd voorgesteld, kennelijk niet met de werkelijkheid overeenstemt. Aldus stond het vast dat de door de gekozen inschrijver opgegeven prijs deze niet zal toelaten om de opdracht tot een goed einde te brengen. Bovendien kon de aanbestedende overheid na ontvangst van het schrijven van de nv Deckx niet langer zeker zijn van de verbintenis van deze laatste om de opdracht uit te voeren tegen de door haar in de offerte opgegeven prijs. Bij gebrek aan dergelijke zekerheid mocht de aanbestedende overheid niet tot gunning van de opdracht aan de gekozen inschrijver overgaan.

De aanbestedende overheid mocht zich hier ook niet steunen op artikel 87 van het koninklijk besluit Plaatsing om de aanvaarding van de offerte van de gekozen inschrijver te rechtvaardigen. Deze bepaling heeft immers tot doel om de aanbestedende overheid te vrijwaren voor opzettelijke en niet-opzettelijke fouten van de inschrijvers die haar zouden zijn ontgaan voordat zij tot gunning was overgegaan, maar te dezen wist de overheid met zekerheid dat de prijzen aangeboden door de gekozen inschrijver voor de posten 281, 282 en 390 niet overeenstemden met realistische prijzen die een uitvoering van de opdracht mogelijk maken.

De bestreden beslissing is aldus gesteund op een onzorgvuldig gevoerd onderzoek van het dossier aangezien een zorgvuldige overheid die kennis heeft van de regels die op haar rusten, diende te weten dat de offerte moest worden geweerd.

Beoordeling

8. De posten waarover het geschil gaat zijn de posten 281, 282 en 390.

De posten 281 en 282 betreffen de “Meerprijs voor het uitvoeren van een beschoeide sleuf + waterkerend scherm –, $3\text{ m} < H \leq 4\text{ m}$ ” met een vermoedelijke hoeveelheid van 756 m respectievelijk de “Meerprijs voor het uitvoeren van een beschoeide sleuf + waterkerend scherm –, $4\text{ m} < H \leq 5\text{ m}$ ” met een vermoedelijke hoeveelheid van 492 m. De eenheidsprijs werd blijkens de nota geraamd op 20 euro/m respectievelijk 25 euro/m. Post 390 betreft de “Meerprijs voor een beschoeide bouwput + waterkerend scherm ter plaatste van diverse kunstwerken” met een vermoedelijke hoeveelheid van 2000 m en, volgens de nota, een geraamde eenheidsprijs van 10 euro/m.

De door de gekozen inschrijver nv Deckx in zijn offerte vermelde eenheidsprijzen zijn 41,06 euro/m voor post 281, 45,54 euro/m voor post 282 en 47,08 euro/m voor post 390.

De eenheidsprijzen die de verzoekende partij voor deze posten voorstelt zijn respectievelijk 296,01 euro/m, 354,18 euro/m en 280,32 euro/m.

Blijkens bijlage D zouden alle voorgestelde eenheidsprijzen voor deze posten meer dan 30 % afwijken van de gemiddelde eenheidsprijs behalve de eenheidsprijs van de nv Aertssen voor de posten 281 en 390.

9. Alhoewel het uiteenlopend karakter van prijzen in voorkomend geval kan worden betrokken in de beoordeling of bepaalde prijzen op het eerste gezicht abnormaal zijn, dient te dezen *prima facie* te worden vastgesteld dat, volgens de brief van 8 april 2016 van de nv Deckx zelf, haar voor deze posten in de

‡DAGQMBBAA-BCFHIHV‡

offerte voorgestelde prijzen geen rekening hielden met de aankoop/afschrijving van damplanken.

De verwerende partij argumenteert in de nota dat het bestek niet lijkt voor te schrijven dat voor de uitvoering van deze posten 281, 282 en 390 wordt gebruikgemaakt van damplanken en dat ook andere beschoeiingstechnieken kunnen worden aangewend. De verzoekende partij repliceert in de pleitnota dat er geen andere methodes bestaan dan het plaatsen van damplanken om ervoor te zorgen dat er een waterkerend scherm zou zijn, dat de bepaling dat men eveneens in een waterremmend scherm dient te voorzien, maakt dat de overige aangehaalde uitvoeringsmethodes niet voldoen aan de eisen van het bestek aangezien die uitvoeringsmethodes beschoeiingstechnieken zijn die waterdoorlatend zijn en geen waterremmende functie hebben, en dat de stelling van de verwerende partij dat andere minder dure technieken zouden kunnen worden gebruikt dan ook foutief is.

Deze betwisting leent zich niet tot de snelle en *prima facie* toetsing die in het kader van een administratief kort geding in uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verwacht, aangezien zulks een interpretatie lijkt te vereisen van technische besteksbepalingen en blijkens de nota blijkbaar ook van het standaardbestek 250 voor de wegenbouw. Een technisch middel kan pas tot schorsing leiden wanneer de ernst ervan al blijkt op grond van een snel en *prima facie* onderzoek, dat door de Raad van State bovendien zelf kan worden verricht zonder bijstand van een deskundige.

Nog los daarvan, lijkt, gelet op de brief van 8 april 2016 van de nv Deckx, in ieder geval te moeten worden aangenomen dat deze laatste heeft gekozen voor het uitvoeren van deze werken met damplanken. Haar prijzen voor de betrokken posten lijken dan ook in dat licht te moeten worden beoordeeld.

10. In het aanbestedingsverslag, dat door de bestreden beslissing wordt goedgekeurd, wordt daarbij meer bepaald gewezen op het feit dat uit onderzoek is gebleken dat iedere eenheidsprijs die door de inschrijvers werd voorgesteld en ook al wijkt die meer dan 15 % in min of meer, en soms meer dan 30% en zelfs 50 % af van het rekenkundig gemiddelde per post, “gelet op het

materieel in bezit van [de] inschrijver of de door hem te kiezen uitvoeringsmethode te verantwoorden [is]”.

Er wordt aldus echter in dat verslag niet nader gemotiveerd door welk materieel in het bezit van de gekozen inschrijver de door hem voor posten 281, 282 en 390 voorgestelde prijzen worden verantwoord. De brief van 8 april 2016 van de gekozen inschrijver wekt zeker de indruk dat de damplanken aangekocht dienen te worden en minstens nog afgeschreven moeten worden. In elk geval lijkt niet te zijn verduidelijkt in het verslag welke uitvoeringsmethode het juist is waarvoor de nv Deckx normale prijzen zou bieden.

11. De argumentatie in de nota betreffende de reden op grond waarvan de materiële vergissing waarnaar de nv Deckx in haar brief verwijst, door het studiebureau in het gunningsverslag als niet aangetoond wordt beschouwd, betreft het feit dat het aanwenden van damplanken in het bestek niet werd voorgeschreven. Die argumentatie gaat er *prima facie* aan voorbij dat dit de uitvoeringsmethode is waarvoor de nv Deckx blijkbaar heeft gekozen.

Voorts wordt in de nota gewezen op het niet hanteren van minwaarden voor de aannemingswerken van posten waarin het bestek wel uitdrukkelijk voorziet, op de prijsoptimalisaties of kostenverminderingen zoals de restwaarde van de damplanken en het langer gebruik dan 4 jaar en op de zeer hoge aankoopprijs van de damplanken en bijgevolg het hoge afschrijvingsbedrag dat in rekening wordt gebracht. Dit alles betreft echter veeleer de vraag of er sprake was van een materiële vergissing die verbeterd mocht worden – volgens de verwerende partij niet en dit oordeel is niet het voorwerp van betwisting – dan wel of de door de nv Deckx voorgestelde prijs normaal lijkt. Met de voormelde argumentatie is aldus niet *prima facie* aangetoond dat de initieel voorgestelde prijs normaal is indien deze posten worden uitgevoerd met damplanken. Dit lijkt nochtans een essentieel gegeven van de voorliggende betwisting.

Bovendien dient te worden vastgesteld dat deze overwegingen staan in een “toelichting prijsonderzoek” opgenomen in het administratief dossier, maar gedateerd 10 juni 2016, wat na het indienen van het verzoekschrift tot schorsing is. Er blijkt nergens dat de verwerende partij hiermee rekening heeft

‡DAGQMBBAA-BCFHIHV‡

gehouden of kunnen houden bij het nemen van de bestreden beslissing op 12 mei 2016. Het gaat dan ook, zoals ook de verzoekende partij opmerkt in haar pleitnota, om een *a posteriori* motivering. Hiermee mag de Raad van State thans geen rekening houden. Er dient dan ook niet nader te worden ingegaan op de inhoudelijke kritiek die de verzoekende partij bij die motivering nog formuleert in haar pleitnota.

12. In de nota wordt door de verwerende partij, zoals in die “toelichting prijsonderzoek” nog gewezen op het geringe belang van de kwestieuze posten in de totale opdracht. Te dezen kan in de huidige stand van het geding enkel worden vastgesteld dat nergens uit het administratief dossier blijkt dat de aanbestedende overheid hiermee bij het nemen van de bestreden beslissing rekening heeft gehouden, zodat deze argumentatie geen relevantie vertoont bij de hier besproken betwisting.

In het aanbestedingsverslag lijkt in het kader van de beoordeling van het normaal karakter van de eenheidsprijzen ook niet te zijn verwezen naar de raming. Nu niet blijkt dat de bestreden beslissing op die raming steunde, dient de Raad van State thans ook niet te beoordelen of de eenheidsprijzen in de raming niet onrealistisch zijn en aldus niet relevant om conclusies te trekken betreffende de normaliteit van eenheidsprijzen in offertes, zoals de verzoekende partij in de pleitnota betoogt.

13. Het argument in de nota, dat de zogenaamde materiële vergissing waar de gekozen inschrijver naar verwijst weinig geloofwaardig is nu dit niet wordt vermeld voor de met post 390 vergelijkbare post 505, betreft opnieuw veeleer de vraag of er sprake is van een materiële vergissing en niet de vraag of de door de nv Deckx in haar offerte voorgestelde prijzen *prima facie* normaal zijn voor de uitvoering van de posten 281, 282 en 390 met damplanken.

De verwerende partij betoogt in de nota nog dat betreffende deze posten, namelijk de aankoopprijs en de afschrijvingen omtrent damplanken die bij de uitvoering van de opdracht klaarblijkelijk door de nv Deckx zullen worden aangewend, reeds herhaaldelijk in het kader van het prijsonderzoek betreffende andere overheidsopdrachten door inschrijvers werd aangevoerd dat deze

elementen niet als prijselementen dienden te worden meegenomen omdat men reeds beschikte over damplanken en er bijgevolg geen redenen voorlagen om de aankoopprijs en de daaruit voortvloeiende afschrijving van damplanken in rekening te brengen. Niet alleen wordt dit standpunt van andere inschrijvers niet aangetoond, maar bovendien blijkt ook hier niet welk standpunt de verwerende partij daaromtrent zelf innam in de bestreden beslissing. Ook dit lijkt bijgevolg geen motief dat door de Raad van State in de huidige procedure op zijn wettigheid kan worden getoetst.

14. Gelet op het voorgaande staat te dezen dan ook niet op het eerste gezicht vast dat de verwerende partij mocht oordelen dat de prijzen van de gekozen inschrijver nv Deckx zoals voorgesteld in zijn offerte voor de posten 281, 282 en 390 niet abnormaal zijn. Bijgevolg staat evenmin vast dat na een zorgvuldig onderzoek en met voldoende draagkrachtige motieven de offerte van de gekozen inschrijver regelmatig werd bevonden en de opdracht gegund werd aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte zodat ook de correcte toepassing van alvast het geschonden geachte artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, waarin zulks is voorgeschreven, niet is aangetoond.

15. Het middel is bijgevolg in de hiervoor besproken mate ernstig.

B. Nieuw middel in de pleitnota

Uiteenzetting van het middel

16. De verzoekende partij voert in de pleitnota aan dat ten overvloede uit het administratief dossier blijkt dat de offerte van de gekozen inschrijver ook substantieel onregelmatig is om andere redenen dan de voormelde. Uit haar brief van 8 april 2016 aan de verwerende partij blijkt immers dat de gekozen inschrijver slechts voorziet in een eenzijdig waterkerend scherm terwijl nochtans moest worden voorzien in een tweezijdig waterkerend scherm langs beide kanten van de sleuf.

Door slechts in een enkele beschoeiing met damplanken voor de sleuven te voorzien, heeft de gekozen inschrijver nv Deckx een materieel onregelmatige offerte ingediend die immers niet beantwoordde aan de technische specificaties opgenomen in het bestek. Uit artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing blijkt dat de bepalingen met betrekking tot de technische specificaties als essentiële bepalingen van het bestek kunnen worden aangezien. Een schending van de verplichtingen inzake de technische specificaties zal als een substantiële onregelmatigheid worden beschouwd indien de onregelmatigheid de vergelijkbaarheid van de offertes onmogelijk maakt of aanzienlijk bemoeilijkt. Uit het gegeven dat de gekozen inschrijver een prijs heeft voorgesteld voor een lengte die slechts de helft van de posten uitmaakt, volgt uiteraard dat deze offerte niet meer kon worden vergeleken met de andere offertes.

Beoordeling

17. Indien een middel al zou mogen worden aangebracht in een pleitnota of ter terechtzitting, mag zulks enkel gebeuren indien de daarin aangevoerde onrechtmatigheid evident lijkt en bijgevolg over alle aspecten ervan debat kan worden gevoerd ter terechtzitting.

Het uitgangspunt van de grief, namelijk dat in een tweezijdig waterkerend scherm langs beide kanten van de sleuf moest worden voorzien, lijkt niet concreet te worden onderbouwd, hetgeen een *prima facie* beoordeling van deze bovendien technische grief uitsluit, laat staan dat daarover een volledig debat ter terechtzitting kan worden gevoerd.

Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit en kosten

18. Het middel, aangebracht in het inleidend verzoekschrift, is in de hiervoor besproken mate ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook ingewilligd.

Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgend nog noodzakelijke procesverloop, de kosten, gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het Directiecomité van de POM Antwerpen van 12 mei 2016 houdende gunning van de overheidsopdracht ‘Veiling Sint-Katelijne-Waver Zuid, infrastructuurwerken B10/004’ aan de nv Deckx.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 30 juni 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