

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 236.643 van 1 december 2016
in de zaak A. 220.667/XII-8258**

In zake: de NV TERRA ENGINEERING & CONSULTANCY
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de OPENBARE VLAAMSE AFVALSTOFFEN-
MAATSCHAPPIJ (OVAM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV ENVIROSOIL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Defreyne
kantoor houdend te 8870 Izegem
Gentsestraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, elektronisch ingesteld op 8 november 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “- de beslissing van de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij van 21 oktober 2016, inzake de toewijzing van een opdracht voor diensten ‘Raamovereenkomst VOCl : fase BSP, piloot en BSW Vlaams Gewest’, met besteknummer RO160503, aan de naamloze vennootschap Envirosoil,
- de beslissing van de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij van 21 oktober 2016, om de offerte van TEC NV voor de opdracht voor diensten ‘Raamovereenkomst VOCl : fase BSP, piloot en BSW Vlaams Gewest’, met besteknummer RO160503, onregelmatig te verklaren,
- de impliciete beslissing om de voormelde opdracht niet aan TEC NV te gunnen.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 16 november 2016 heeft de nv Envirosoil gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 november 2016, om 11.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ingrid Durnez, die *loco* advocaat Rika Heijse verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Peter Defreyne, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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 Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij schrijft een overheidsopdracht voor aanneming van diensten uit voor het sluiten van een raamovereenkomst met een maximumduur van vier jaar met een erkend bodemsaneringsdeskundige. De opdracht wordt gegund met een open aanbesteding.

De opdracht wordt bekend gemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 27 juni 2016 en het Europese Publicatieblad van 1 juli 2016.

3.2. In het op de opdracht toepasselijke bestek RO160503 “Raamovereenkomst VOCL - fase BSP en BSW Vlaams gewest” – VOCL of VOCl zijn Vluchtige OrganoChloor-verbindingen – wordt het voorwerp van de opdracht als volgt omschreven:

“Onderhavige opdracht betreft een open aanbesteding met het oog op de totstandkoming van een raamcontract met een erkend bodemsaneringsdeskundige. De opdrachten richten zich in het bijzonder tot de VOCL-verontreinigingen:

- opmaak beperkte bodemsaneringsprojecten voor uitvoering pilootproeven;
- opmaak technische bestekken voor pilootproeven en de begeleiding ervan te velde;
- opmaak van (gefaseerde) bodemsaneringsprojecten (kern- en/of pluimzone);
- taken van het veiligheidscoördinator-ontwerp en de opmaak van bestekken voor de uitvoering van de bodemsaneringswerken;
- milieukundige begeleiding van bodemsaneringswerken.”

In het bestek worden een aantal specifieke technische en kwalitatieve eisen opgelegd ten aanzien van de inschrijvers:

“ 2. Technische bekwaamheid van de inschrijver: De inschrijver toont aan dat hij op het moment van inschrijving de nodige ervaring heeft in het uitvoeren van opdrachten in het kader van het bodemdecreet.

Hiertoe dient hij onderstaande referentielijsten toe te voegen aan zijn offerte. [...]

- Een gedetailleerde referentielijst van minimaal 5 (en max. 10) door de OVAM conformverklarde bodemsaneringsprojecten voor een bodemverontreiniging met VOCl die werden conformverklaard in de voorbije 5 jaar [...]

- Een gedetailleerde referentielijst van minimaal 5 (en max. 10) uitgevoerde opdrachten met betrekking tot milieukundige begeleiding van bodemsaneringswerken (civieltechnische werken en/of in situ saneringen) uitgevoerd in het Vlaams Gewest. [...]
 - De inschrijver geeft in zijn offerte minimum 2 namen aan van personeelsleden die als projectleider zullen optreden in dienst van de bodemsaneringsdeskundige. Beide projectleiders hebben op het moment van inschrijving minimum 5 jaar ervaring met betrekking tot het opmaken van bodemsaneringsprojecten voor bodemverontreinigingen met VOCL. Hiertoe voegt de inschrijver het curriculum Vitae van de projectleiders toe aan zijn offerte. De inschrijver voegt bij zijn offerte voor iedere projectleider een aparte referentielijst met minimum 3 (en max. 6) referenties met betrekking tot het opmaken van bodemsaneringsprojecten met VOCL die conform verklaard werden door de OVAM in de afgelopen 5 jaar. [...]
- De voorgestelde projectleiders moeten onvoorwaardelijk kunnen ingezet worden voor de uitvoering van de opdrachten van deze raamcontract en tijdens de volledige duur ervan.
- De inschrijver geeft in zijn offerte 2 namen aan van personeelsleden die als milieukundig begeleider zullen optreden in dienst van de bodemsaneringsdeskundige. De milieukundig begeleiders moeten beschikken over een graaduatdiploma of hoger in een wetenschappelijke richting (scheikunde, landbouw, tuinbouw, milieu...). Beide milieukundige begeleiders hebben op het moment van inschrijving minimum 3 jaar ervaring met betrekking tot het opvolgen van civieltechnische en in-situ bodemsaneringswerken. Hiertoe voegt de inschrijver het curriculum Vitae van de betrokken personeelsleden toe aan zijn offerte.
[...]"

Wat de wijze van prijsopgave betreft, wordt in het bestek vermeld: "het betreft een opdracht met eenheidsprijzen."

Voorts wordt onder de technische bepalingen van het bestek onder meer vermeld:

"2.1 Situering

Deze raamovereenkomst wordt gesloten voor de aanpak van VOCL-verontreinigingen. Het voorwerp is de opmaak van bodemsaneringsprojecten (fase 1) en de opmaak van een bestek voor werken (fase 2). Het uitvoeren van fase één van een deelopdracht geeft geen garantie op het mogen uitvoeren van fase twee van deze deelopdracht. Eveneens kunnen er deelopdrachten zijn waarbij enkel fase twee door de inschrijver zal uitgevoerd worden. Beide fasen dienen in het kader van het decreet van 27 oktober 2006 betreffende de bodemsanering en de

bodembescherming en de opmaak van een bestek voor werken uitgevoerd te worden. Indien tijdens de looptijd van de opdracht het decreet betreffende de bodemsanering, de Vlarebo en/of de standaardprocedures worden gewijzigd, dient de opdrachthouder rekening te houden met de wijzigingen.

De opmaak van een stabiliteitsstudie evenals de taken van een veiligheidscoördinator-ontwerp maken deel uit van deze opdracht.

De verschillende deelopdrachten worden uitgevoerd op diverse terreinen (percelen) in Vlaanderen. De aard, de hoeveelheid, de concentratie en de oorsprong van de verontreinigende stoffen of organismen kunnen zeer gevarieerd zijn voor de verschillende deelopdrachten.

Van de dienstverlener wordt verwacht dat hij voldoende expertise en ervaring heeft inzake bodemsanering (wetgeving en procedures).

De EBSD dient in grote mate zelfstandig te werken, initiatief te nemen om snel tot een conform verklaard BSP te komen en hiertoe voorafgaand het nodige overleg te plegen met alle betrokkenen (gemeente, OVAM, eigenaar, buurteigenaars,...). De afspraken tot overleg dienen door de deskundige gepland te worden.

In het kader van mogelijke bouwprojecten zal in overleg moeten gepleegd worden met deze eigenaar of zijn projectleider. De bedoeling is dat de aangestelde EBSD deelneemt aan het overleg, een verslag opmaakt en de visie meeneemt voor het opmaken van een geïntegreerd BSP.

Voorafgaand aan de uitvoering van de opdracht kan een startvergadering georganiseerd worden om een aantal praktische zaken toe te lichten.

De prestaties welke voorzien zijn in dit project worden hierna opgelijst. De bij de offerte gevoegde inventaris dient door de kandidaat-inschrijvers zo correct mogelijk te worden ingevuld. De inventaris is opgedeeld in posten. Er wordt een overzicht gegeven van de inhoud van deze posten.

Het is mogelijk dat er posten voorzien zijn in de inventaris die niet nodig zijn. Deze posten vervallen dan en geven geen aanleiding tot extra kosten wegens niet uitgevoerd. Het spreekt vanzelf dat alles bij uitvoering wordt aangerekend volgens effectief gepresteerde hoeveelheden.

Bij elk post wordt een kostenverdeling voorzien. De voorziene prijsbepaling van de posten is een vermoedelijke hoeveelheid. De kostprijs van een post wordt berekend door de vermoedelijke hoeveelheden te vermenigvuldigen met de op te geven eenheidsprijzen. De vermoedelijke hoeveelheden zijn geraamde getallen. Per post worden eenheidsprijzen gevraagd.”

In het technische gedeelte van het bestek worden onder meer de uit te voeren posten besproken. De posten 3.4 en 3.7 zijn hier relevant:

“2.3.3.4 Post 3.4. Opstellen van een beperkt bodemsaneringsproject [BBSP]

Deze post bevat de kosten voor het opmaken en indienen van een beperkt bodemsaneringsproject voor het uitvoeren van de pilootproef.

Hierbij wordt verwezen naar:

- de decretale voorschriften;
- de voorschriften van de OVAM zoals beschreven in de standaardprocedure voor het opmaken van een beperkt bodemsaneringsproject, voor zover deze niet afwijkt van de hier beschreven procedure en code van goede praktijk BATNEEC-afweging van bodemsaneringsprojecten met CO²-calculator;
- de gegevens van de veiligheidscoördinator-ontwerp

In de kostprijs voor deze post is de prijs inbegrepen voor het opmaken van het beperkt bodemsaneringsproject. Hiervoor dient een totaalprijs te worden opgegeven. In deze totaalprijs zitten alle projecturen inbegrepen die de projectleider nodig heeft om het beperkt bodemsaneringsproject uit te werken, inclusief alle uren die nodig zijn voor het herwerken of aanvullen van de draftversies met de opmerkingen gegeven door de dossierhouder van de OVAM nadat de draft(en) werd(en) nagelezen.

In de betreffende bestekspost wordt verondersteld dat ook alle besprekingen met de aanbestedende overheid, voortvloeiend uit de normale opmaak van dit rapport, zijn inbegrepen.

Deze totaalprijs voorziet eveneens de contacten met de eigenaar(s) voor het ondertekenen van het bodemsaneringsproject. Ook het indienen van het bodemsaneringsproject in het nodige aantal papieren exemplaren zit in de totaalprijs.

De uitvoeringstermijn bedraagt 40 kalenderdagen. Binnen deze termijn moet het mogelijk zijn om alle resultaten van het bijkomend veldwerk en een stabiliteitsstudie te verwerken en een draft BBSP op te maken. De uitvoering van de piloottest te velde is niet in deze termijn inbegrepen.

De draftversies van het BBSP worden voor de formele indiening van het rapport ter conformverklaring enkel gecontroleerd door de OVAM op vlak van praktische uitvoerbaarheid.

Na goedkeuring van de laatste draftversie door de OVAM wordt het definitief BBSP binnen de 14 kalenderdagen bij de OVAM ingediend.”

en

“2.3.3.7 Post 3.7. Opstellen van een bodemsaneringsproject [BSP]

Onderhavige opdracht betreft het opstellen van een BSP op basis van het OBO, het BBO en de resultaten die voortvloeien uit de (eventuele) bijkomende onderzoeksverrichtingen, uit de (eventuele) laboratoriumtesten en uit de (eventuele) pilootproef/proeven.

Voor de opmaak van het bodemsaneringsproject wordt verwezen naar:

- de decretale voorschriften;
- de voorschriften van de OVAM zoals beschreven in de standaardprocedure voor het opmaken van een bodemsaneringsproject en code van goede praktijk BATNEEC-afweging van bodemsaneringsprojecten met CO²-calculator;
- de bepalingen in dit bestek;
- de gegevens van de veiligheidscoördinator-ontwerp.

In het geval het bodemsaneringsproject betrekking heeft op de sanering van een historische bodemverontreiniging kan het nodig zijn om de risicogrenswaarden te berekenen in het kader van de bepaling van de terugsaneerwaarden. Het uitvoeren van deze berekeningen zit vervat in deze post. Er mogen hiervoor geen extra uren worden aangerekend. In dit contract zal minstens 80% van de deelopdrachten betrekking hebben op een historische bodemverontreiniging.

De opdrachthouder gaat een resultaatsverbintenis aan voor een correcte en volledige studie.

Dit betekent dat de opgegeven totaalprijs alle handelingen omvat nodig om tot een conform verklaard BSP te komen, inclusief uren die nodig zijn voor het herwerken of aanvullen van de draftversie(s) met de opmerkingen gegeven door de OVAM, inclusief alle mails en telefonische besprekingen met de OVAM of derde partijen e.d.

De verwerking van de resultaten van eventueel bijkomend onderzoek en evaluatie pilootproef zijn ook opgenomen in deze totaalprijs.

Nu is er een aangepaste MCA beschikbaar waarin de doelstellingen met betrekking tot de klimaatopwarming en de duurzaam gebruik van grondstoffen expliciet zijn opgenomen. De CO²-uitstoot van de verschillende varianten kan door middel van een calculator worden gekwantificeerd, en aan de hand van de nieuwe MCA worden geëvalueerd. De erkende deskundige is verplicht om deze nieuwe MCA te gebruiken. Meer informatie voor het bekomen van de 'Code van goede praktijk BATNEEC-afweging van bodemsaneringsprojecten met CO²-calculator' kan bekomen worden via de website van de OVAM.

In het kader van een mogelijk bouwproject van de eigenaar zal overleg moeten gepleegd worden met deze eigenaar of zijn projectleider. De bedoeling is dat de aangestelde EBSD deelneemt aan het overleg, een verslag opmaakt en de visie meeneemt voor het opmaken van een geïntegreerd BSP.

Integratie mogelijk

Als de deskundige van mening is dat integratie tussen de saneringswerken en de herontwikkelingsplannen van de terreineigenaar(s)/projectontwikkelaar mogelijk is, maakt de deskundige enerzijds een saneringsconcept op waarbij verschillende relevante bodemsaneringsvarianten met elkaar worden vergeleken in een multicriteria-analyse en waarna een basis BATNEEC-saneringsvariant wordt geselecteerd. Deze variant dient niet in detail uitgewerkt te worden.

Na overleg met de dossierhouder maakt de deskundige anderzijds een geïntegreerde saneringsconcept op waarbij verschillende relevante bodemsaneringsvarianten met elkaar worden vergeleken in een multicriteria-analyse. Iedere saneringsvariant dient rekening te houden met de herontwikkelingsplannen van de terreineigenaar(s)/projectontwikkelaar. Vervolgens wordt op basis van deze afweging een meest geschikte geïntegreerde saneringsvariant geselecteerd.

De kosten voor de opmaak van een geïntegreerde saneringsconcept dienen opgenomen te worden onder de post 'opmaak geïntegreerd saneringsconcept'.

In bepaalde dossiers volstaat het om louter een geïntegreerde saneringsvariant uit te werken op basis van de geselecteerde BATNEEC-variant zonder dat er een afweging tussen verschillende geïntegreerde varianten gebeurt. Alvorens deze geïntegreerde saneringsvariant wordt uitgewerkt, dient dit voorafgaandelijk overlegd te [worden] met de OVAM.

De kosten voor de opmaak van een geïntegreerde variant dient opgenomen te worden onder de post ‘opmaak geïntegreerde saneringsvariant’.

Wanneer de post ‘opmaak geïntegreerde saneringsconcept’ wordt aangerekend, kan de post ‘opmaak geïntegreerde saneringsvariant’ niet bijkomend aangerekend worden.

Het is mogelijk dat de geïntegreerde saneringsvariant duurder is dan de basis BATNEEC-variant, maar dat door de afstemming van het bodemsaneringsproject op de herontwikkelingsplannen de sanering grondiger kan uitgevoerd worden (bv. een sterke toename in de verwijdering van de vuilvracht).

Indien de geïntegreerde saneringsvariant duurder is dan de basis BATNEEC-variant, dient de deskundige een kostprijsverdeling tussen de OVAM en de eigenaar(s)/projectontwikkelaar uit te werken. De OVAM zal vervolgens overleg plegen met de eigenaar(s)/projectontwikkelaar van het terrein om te komen tot een overeenkomst inzake de verdeling van de kosten.

De deskundige heeft maximum 30 kalenderdagen de tijd om een draftversie van het BSP (BATNEEC-afweging, selectie basis BATNEEC-saneringsvariant en geïntegreerd saneringsconcept OF geïntegreerde saneringsvariant) over te maken aan de aanbestedende overheid. Deze termijn vangt aan na het beëindigen van het bijkomend onderzoek of de laboratoriumtesten of de pilootproef/proeven.

De OVAM rekent ongeveer 20 kalenderdagen om de nodige afspraken te maken met betreffende eigenaar(s)/projectontwikkelaar van het terrein. Na afloop zal de OVAM aan de deskundige melden welke variant in detail dient uitgewerkt te worden. De deskundige heeft vervolgens maximum 15 kalenderdagen de tijd om deze variant uit te werken en om de definitieve versie van het bodemsaneringsproject ter goedkeuring over te maken aan de aanbestedende overheid.

De OVAM zal dit rapport controleren. Indien de OVAM opmerkingen heeft bij het rapport dient er binnen de 15 kalenderdagen een aangepast rapport per e-mail overgemaakt te worden.

Geen integratie mogelijk

Indien de deskundige van mening is dat het niet opportuun is om een geïntegreerd saneringsconcept uit te werken, maakt de deskundige een bodemsaneringsproject op waarbij verschillende relevante bodemsaneringsvarianten met elkaar worden vergeleken in een multicriteria-analyse en waarna een BATNEEC-saneringsvariant wordt geselecteerd en in detail wordt uitgewerkt.

De deskundige heeft maximum 30 kalenderdagen de tijd om een draftversie van het BSP (BATNEEC-afweging en gedetailleerde uitwerking van de BATNEEC-saneringsvariant) per e-mail over te maken aan de

aanbestedende overheid. Deze termijn vangt aan na het beëindigen van het bijkomend onderzoek of de laboratoriumtesten of de pilootproef/proeven. De OVAM zal dit rapport controleren. Indien de OVAM opmerkingen heeft bij het rapport dient er binnen de 15 kalenderdagen een aangepast rapport per e-mail overgemaakt te worden.

Alle aanpassingen aan de drafversie(s) van het BSP die door de OVAM worden gevraagd dienen begrepen te zijn in deze prijs.

De draftversies van het BSP worden voor de formele indiening van het rapport ter conformverklaring enkel gecontroleerd door de OVAM op vlak van praktische uitvoerbaarheid.”

3.3. Op 8 augustus 2016 vindt de openingszitting plaats. Er worden negen offertes ingediend.

Uit het gunningsverslag van 6 oktober 2016 blijkt dat de verzoekende partij gecorrigeerd 321.413,13 euro biedt en de nv Envirosoil 361.541,35 euro, beide bedragen btw inbegrepen.

Zowel de verzoekende partij als de nv Envirosoil worden zonder opmerkingen geselecteerd. Vier inschrijvers worden niet geselecteerd.

Uit het gunningsverslag blijkt voorts een onderzoek naar abnormale prijzen. Hierover wordt er als volgt in het verslag overwogen:

“3.2.2 Onderzoek abnormale prijzen

Er werd een prijsonderzoek uitgevoerd conform artikel 21 van het KB Plaatsing.

Uit dit onderzoek is gebleken dat er in de offerte van Arcadis Belgium nv, Envirosoil nv, Esther bvba en MAVA AGS nv geen abnormale prijzen terug te vinden zijn.

In de offerte van TEC NV werden voor volgende posten een mogelijks abnormale prijs opgegeven:

- 3.4, opstellen van een beperkt bodemsaneringsproject
- 3.7, opstellen van een bodemsaneringsproject

Dit vermoeden volgt uit de vaststelling dat het totale inschrijvingsbedrag van TEC nv 14% afwijkt van het rekenkundige gemiddelde. De prijs die TEC nv opgeeft voor posten 3.4 en 3.7 ligt respectievelijk 56,92% en 46,71% lager dan het rekenkundig gemiddelde voor deze posten.

Op 5 september 2016 werd bijgevolg een prijsverantwoording gevraagd aan TEC nv voor deze posten 3.4 en 3.7.

Op 15 september 2016 ontving OVAM een prijsverantwoording van TEC nv.

In deze prijsverantwoording wordt als inleiding gemotiveerd waarom TEC nv niet-marktversturend werkt. In het kader van deze motivering wordt verwezen naar de goedgekeurde jaarrekening van 2015, met vermelding van de jaarlijkse personeelskosten en de urenlonen. Tevens wordt er verwezen naar de winst die werd gemaakt in 2015 en naar de gunstige loonkost/omzet-ratio. TEC nv geeft aan dat deze gunstige loonkost/omzet-ratio het resultaat is van de efficiënte tijdsbesteding van het personeel, de gunstige prijzen voor gegevensverwerking en de opmaak van plannen in het kader van een outsourcingcontract en afwijkende verloning van één van de projectleiders. In de prijsverantwoording is er vervolgens voor beide posten een aparte berekening vermeld dat meer in detail de opbouw van de prijs weergeeft.

De totaalprijs van de post 3.4 en post 3.7 is op eenzelfde manier opgebouwd.

Ze bestaan uit volgende 5 onderdelen:

- een aantal uren inzet projectmedewerker (1)
- een aantal uren inzet projectleider (2)
- een aantal uren voor het verwerken van de data en opmaak van plannen (3)
- een beperkte onvoorziene kost (4)
- een percentage dat als marge op het totaalbedrag wordt aangerekend (5)

De eenheidsprijs voor de inzet van de projectmedewerker (1), de projectleider (2) en voor de verwerking van de data en de opmaak van plannen (3) is gelijk. De voorziene marge is bij beide posten gelijk (5). Enkel de onverwachte kosten zijn verschillend (4). De totaalprijs van de twee posten 3.4 en 3.7 verschilt in de inzet van het aantal uren projectmedewerker en projectleider, het aantal uren voor verwerken van de gegevensverwerking en opmaak van de plannen en de onverwachte kosten.

Beoordeling van de prijsverantwoording

Uit de prijsopbouw blijkt dat met betrekking tot post 3.4 71,4% van de te presteren uren geleverd worden door een projectmedewerker en dat slechts 2 uur zal gepresteerd worden door de projectleider.

Voor post 3.7 wordt 73,2% van de te presteren uren geleverd door de projectmedewerker en slechts 2 uur wordt gepresteerd door de projectleider.

Posten 3.4 (opmaak van een beperkt bodemsaneringsproject) en 3.7 (opmaak van een bodemsaneringsproject) zijn twee van de meest cruciale posten in de opdracht die voor een belangrijk deel de effectiviteit en efficiëntie van de uiteindelijk gekozen saneringstechniek binnen iedere deelopdracht zullen bepalen. Gezien de complexiteit van de dossiers (VOCl-verontreiniging) die in dit contract zullen aangepakt worden, is het van belang dat een significant deel van deze opdracht door een expert wordt uitgevoerd met de nodige ervaring en kennis van zaken. Omwille van deze complexiteit werd in de selectiecriteria van dit bestek strenge

voorwaarden opgelegd voor de projectleiders die de opdrachten zullen uitvoeren.

Met betrekking tot post 3.4 vermeld het bestek het volgende:

‘In deze totaalprijs zitten alle projecturen inbegrepen die de projectleider nodig heeft om het beperkt bodemsaneringsproject uit te werken, inclusief alle uren die nodig zijn voor het herwerken of aanvullen van de draftversies met de opmerkingen gegeven door de dossierhouder van OVAM nadat de draften werden nagelezen.’

Uit de prijsverantwoording van TEC nv wordt voor beide posten (3.4 en 3.7) een te beperkt aantal uren (telkens slechts 2 uur) voorzien dat de projectleider kan gebruiken om de opdrachten op een kwaliteitsvolle manier uit te voeren.

In de prijsverantwoording zijn verschillende eenheidsprijzen opgenomen voor inzet projectmedewerker (1), inzet projectleider (2) en voor de dataverwerking en opmaak van de plannen (3). Er wordt evenwel niet verantwoord waarom deze prijzen dermate laag zijn.

Tevens blijkt uit de prijsverantwoording dat de eenheidsprijs voor de inzet van een projectleider 33,33% lager ligt dan de uurprijs voor de inzet van diezelfde projectleider via post 7.3.

Op basis van de aangeleverde prijsverantwoording en de hierboven geformuleerde beoordeling, is de OVAM van mening dat het vermoeden van het abnormaal karakter van de posten 3.4 en 3.7 niet ontkracht wordt. Bijgevolg beschouwt de OVAM de totaalprijzen van de beide posten als abnormaal laag. De offerte van TEC nv is substantieel materieel onregelmatig en wordt niet meegenomen voor verdere beoordeling.”

In het verslag wordt vervolgens voorgesteld de offerte van de verzoekende partij materieel onregelmatig te verklaren en de opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver, de nv Envirosoil.

3.4. Bij beslissing van 21 oktober 2016 gunt OVAM de opdracht aan de nv Envirosoil. Het gunningsverslag, waarin de offerte van de verzoekende partij onregelmatig wordt bevonden, maakt integraal deel uit van de gunningsbeslissing.

IV. Tussenkoms

4. De nv Envirosoil blijkt voordeel te halen uit de bestreden gunningsbeslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkoms ingewilligd.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5.1. De verzoekende partij dient op 21 november 2016 een “replieknota” in waarvan zij ter terechtzitting opmerkt dat het de neerslag “zal zijn” van haar pleidooi.

5.2. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van dit stuk omdat er in het procedurereglement niet in is voorzien.

5.3. Het procedurereglement kent dergelijke nota niet zodat ze in beginsel uit het debat wordt geweerd. In zoverre de nota echter de neerslag vormt van de uiteenzetting ter terechtzitting, wordt ze niet als een processtuk, maar als een loutere inlichting in aanmerking genomen.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

6.1. De verwerende partij werpt op dat de vordering onontvankelijk is voor zover ze is gericht tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen.

6.2. De exceptie hangt samen met de grond van de zaak.

VII. Schorsingsvoorwaarden

7.1. 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.

7.2. 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.

‡ABMQOAJEE-BCHEGFV‡

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

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

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

VIII. Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen

8. De verzoekende partij voert de schending aan van “het gelijkheidsbeginsel en van artikel 10 en 11 van de Grondwet, minstens schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel”, van “artikel 5 en 24 van de wet van 15 juni 2006 betreffende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten”, van “artikel 21 en 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren”, van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het zuinigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht” en van “artikel 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten”.

Zij acht de bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de bestreden beslissingen de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig verklaren wegens abnormale eenheidsprijzen voor de posten 3.4 en 3.7;

Terwijl de motieven die worden aangehaald om te verantwoorden dat de eenheidsprijzen abnormaal laag zijn, onzorgvuldig en niet draagkrachtig zijn omdat zij (1) gesteund zijn op niet pertinente feitelijke elementen, (2) vertrekken van foute uitgangspunten en een verkeerde misleidende lezing van de besteksbepalingen, (3) een onterechte inmenging in het aannemingsrisico van de opdrachtnemer uitmaken, (4) de draagwijdte van de kwalitatieve selectie miskennen, (5) op geen enkele wijze onderzocht is hoe de andere inschrijvers deze posten hebben opgebouwd en welke hun kostenstructuur is zodat dus eenzijdig en arbitrair een oordeel is geveld over de offerte van TEC, (6) de motieven inhoudelijk pertinent tegenstrijdig zijn nu OVAM voor de vergelijkbare opdracht onder het bestek BN 150706 in de sector voormalige metaalnijverheid met een identieke postomschrijving als voor post 3.4 en 3.7 en een identieke prijszetting voor deze posten, de offerte van TEC wél regelmatig beschouwde en haar de opdracht heeft gegund. Deze opdracht is momenteel in uitvoering.

Terwijl er geen enkel pertinent motief is om de posten 3.4 en 3.7 vanuit hun financiële impact op de uitvoering als essentiële bestekseis te kwalificeren; Terwijl, in ondergeschikte orde – blijkt dat – zelfs een sanctie ten titel van een relatieve onregelmatigheid disproportioneel zou zijn ten opzichte van de zeer beperkte verontreiniging zonder enige moeilijkheidsgraad die in het kader van een (beperkt) BSP wordt gesaneerd;

Terwijl de genomen beslissing een financieel nadeel bijbrengt voor OVAM doordat niet de laagste regelmatige inschrijver is gekozen;

Zodat de hierboven aangehaalde bepalingen zijn geschonden en de beslissing onwettig is.”

De verzoekende partij voert in dit middel in hoofddorde aan dat de in de bestreden beslissing opgenomen motivering niet draagkrachtig is om de offerte van de verzoekende partij te weren omwille van abnormale prijzen. Zij geeft vervolgens op meerdere punten kritiek op die motivering.

In een eerste kritiek voert zij aan dat de aanbestedende overheid ten onrechte een vermoeden van abnormale prijs opmerkt omdat haar totaalprijs 14% afwijkt van het rekenkundig gemiddelde van de andere inschrijvers en de totaalprijs voor de posten 3.4 en 3.7 respectievelijk 56,92% en 46,71% lager ligt dan het rekenkundig gemiddelde van deze posten bij de andere inschrijvers.

In een tweede kritiek betoogt zij dat de aanbestedende overheid ten onrechte de posten 3.4 en 3.7 beschouwt als twee van de meest cruciale posten in de opdracht die voor een belangrijk deel de effectiviteit en efficiëntie van de uiteindelijk gekozen saneringstechniek binnen iedere deelopdracht zouden

‡ABMQOAJEE-BCHEGFV‡

bepalen. De aanbestedende overheid zou er ten onrechte van uitgaan dat een significant deel van de opdracht, gezien de complexiteit van de dossiers, namelijk VOCl-verontreiniging, door de projectleider moet worden uitgevoerd.

In een derde kritiek hekelt de verzoekende partij het feit dat de tijdsbesteding van de projectleider niet werd onderzocht voor de andere ingediende offertes. Zij meent voorts dat de door haar voorziene uren te besteden door de projectleider en de medewerkers toereikend zijn en gesteund op een onderbouwde ervaring.

In een vierde kritiek hekelt zij het feit dat OVAM oordeelt dat haar kostencomponenten voor data processing, loonkost projectmedewerker, loonkost projectleider en opmaak plannen laag zijn zonder dat OVAM oordeelt dat deze prijscomponenten abnormaal laag zijn. Dit laatste zou ook niet terecht zijn want de loonkosten zijn de resultante van de nettoloonkosten die volgens de wettelijke voorschriften inzake de arbeidsreglementering door het sociaal secretariaat worden berekend verhoogd met de overheadkosten.

In een vijfde kritiek ten slotte meent de verzoekende partij dat OVAM in de bestreden beslissing ten onrechte de door haar opgegeven loonkost voor een projectleider in de posten 3.4 en 3.7 vergelijkt met de door haar opgegeven loonkost voor een projectleider onder post 7.3.

9. De verwerende partij wijst er in haar nota op dat een aanbestedende overheid bij het abnormaleprijzenonderzoek en de gegeven prijsverantwoording over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt die zij hier niet heeft overschreden.

Voorts meent zij dat zij voldoende heeft aangetoond dat de “totaalprijsen voor de posten 3.4. en 3.7. abnormaal laag zijn”. De verwijzing van de verzoekende partij naar haar niet-lidmaatschap van de vzw VEB en naar een eerdere opdracht waar haar geen prijsverantwoording werd gevraagd, zijn niet dienstig; van dergelijk lidmaatschap wordt geen effect aangetoond en elke opdracht is verschillend. Zij beklemtoont het delicate karakter van de saneringswerken om de grote taak van een projectleider bij de bewuste posten, die

‡ABMQOAJEE-BCHEGFV‡

essentiële posten van de opdracht zijn, te verantwoorden. Ook voert zij aan dat zij de andere offertes niet heeft onderzocht wat die posten betreft, omdat zij bij die offertes geen abnormale prijzen heeft vastgesteld.

Ten slotte merkt de verwerende partij op dat de verzoekende partij niet op afdoende wijze heeft aangetoond waarom het uurloon van een projectleider bij post 7.3 aanzienlijk hoger is dan dat bij post 3.4 en 3.7.

10. De tussenkomen de partij meent dat de verzoekende partij niet aantoont dat de motieven van de verwerende partij om de verantwoording van de verzoekende partij te verwerpen, kennelijk onzorgvuldig of niet draagkrachtig zijn.

Beoordeling

11. De verwerende partij aanvaardt de prijsverantwoording van de verzoekende partij voor de posten 3.4 en 3.7, in essentie niet omdat zij meent dat de verzoekende partij voor die posten in te weinig uren voor de projectleider voorziet en dat zij geen verantwoording geeft waarom haar eenheidsprijzen voor de inzet van een projectmedewerker en van een projectleider en voor de dataverwerking en opmaak van de plannen dermate laag zijn, waarbij verwerende partij nog opmerkt dat de eenheidsprijs voor de inzet van een projectleider 33,33% lager ligt dan de uurprijs voor de inzet van diezelfde projectleider via post 7.3.

In zoverre de verzoekende partij erin slaagt ernstige kritiek te geven op die bevindingen, mag worden aangenomen dat de bestreden gunningsbeslissing aangetast lijkt met een onwettigheid die tot nietigverklaring kan leiden.

12. In de mate dat door de verzoekende partij wordt aangevoerd dat voormelde artikelen 21 en 95 werden geschonden en door de verwerende partij werden toegepast met schending van de materiële motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, dient te worden opgemerkt dat de aanbestedende overheid over een grote beoordelingsvrijheid beschikt om de in het kader van artikel 21 gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden, dat de Raad van State zich bij

‡ABMQOAJEE-BCHEGFV‡

dergelijke beoordeling niet in de plaats mag stellen van het bestuur, dat hij desgevraagd wel mag 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, dat een inschrijver zich niet mag beperken tot vaagheden en algemeenheden en dat ten slotte het onderzoek moet gebeuren met inachtneming van de zorgvuldigheidsverplichting.

13.1. Uit de beoordeling van de prijsverantwoording blijkt op het eerste gezicht dat OVAM in hoofdde de verantwoording niet aanvaardt omdat zij van oordeel is dat, gezien de complexiteit van de dossiers die door de dienstverlener behandeld zullen worden, een “significant” deel van de opdracht door een expert met de nodige ervaring en kennis van zaken moet worden uitgevoerd en dat voor beide kwetsieuze posten in een te beperkt aantal uren, namelijk telkens slechts 2 uur, wordt voorzien die de projectleider kan gebruiken om de opdrachten op een kwaliteitsvolle manier uit te voeren. Daarbij valt op dat OVAM geen kritiek uit op het totaal aantal uren dat de verzoekende partij voorziet om de posten 3.4 en 3.7 uit te voeren, maar enkel op het – volgens haar te lage – aantal uren dat wordt uitgevoerd door de projectleider. OVAM gaat er dus blijkbaar van uit dat de door de verzoekende partij voorgestelde projectmedewerker niet over de nodige ervaring en kennis beschikt om de bodemsaneringsprojecten op een kwaliteitsvolle manier op te stellen en dat de voorgestelde supervisie door de projectleider van 2 uur eveneens onvoldoende is om de vereiste kwaliteit te waarborgen.

13.2. In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat in het bestek uitvoerig aandacht wordt besteed aan de selectievoorwaarden en dat de door de verzoekende partij in haar offerte voorgestelde projectleiders en projectmedewerkers alle door de verwerende partij zijn aanvaard bij de – zo lijkt – probleemloze selectie van de verzoekende partij.

Voorts wijst de Raad op het feit dat de verwerende partij hier als gunningswijze voor de aanbesteding heeft geopteerd waarbij de prijs bepalend is voor de gunning en niet voor de offerteaanvraag waar door middel van

gunningscriteria kan worden gepeild naar de kwaliteit van de te leveren diensten en waarbij de offertes inhoudelijk tegenover elkaar kunnen worden afgewogen.

Bij de besteksbeschrijving bij post 3.4. wordt er weliswaar een belangrijke rol toebedeeld aan de projectleider maar wordt er geen minimale tijdsbesteding opgelegd. Overigens moet worden opgemerkt dat deze functie niet wordt vermeld bij post 3.7.

In die omstandigheden, waarbij de verwerende partij overigens zelf erkent geen zicht te hebben op de inhoudelijke aanpak van deze posten door de andere inschrijvers, lijken de motieven van de verwerende partij om de verantwoording te verwerpen, zoals ze toegespitst zijn op de functie van de projectleider en zijn tijdsbesteding, vooralsnog onvoldoende om de verantwoording op dit punt en de kwaliteit van de dienstverlening van de verzoekende partij via een abnormaal prijsonderzoek, decisief in vraag te stellen en te verwerpen.

13.3. In de mate dat de verwerende partij de eenheidsprijzen voor de inzet van een projectmedewerker en een projectleider en voor de dataverwerking en de opmaak van plannen afwijst als te laag omdat de verzoekende partij in haar verantwoording hierover volgens de verwerende partij geen aanvaardbare uitleg geeft, lijkt ook deze overweging zonder nadere motivering van de verwerende partij vooralsnog wankel.

Dit gebrek aan motivering lijkt immers in contrast te staan met de toelichting omtrent de omzet/loonkost-ratio en de efficiëntiegraad van de projectmedewerkers die de verzoekende partij in haar prijsverantwoording had opgenomen. De verzoekende partij wijst er in dit verband thans in haar verzoekschrift overigens ook op dat de loonkosten de resultante zijn van de netto loonkosten die volgens de wettelijke voorschriften inzake de arbeidsreglementering door het sociaal secretariaat worden berekend verhoogd met de overheadkosten. Voor wat de kost van dataprocessing betreft, heeft de verzoekende partij ook aangegeven dat deze wordt uitbesteed en zij heeft een contract toegevoegd waaruit die kost blijkt.

13.4. Ten slotte, in de mate dat de verwerende partij er op wijst dat de verzoekende partij twee verschillende uurprijzen hanteert voor de projectleider, namelijk, enerzijds, bij de posten 3.4 en 3.7, en, anderzijds, bij de post 7.3, lijkt de argumentatie van de verzoekende partij op het eerste gezicht niet onaannemelijk dat dit verschil voortkomt uit de aard van de prestaties, namelijk, enerzijds, uitgevoerd in de reguliere opdracht, en anderzijds, uren in regie die uit hun aard een flexibelere aard hebben.

14. Het middel, voor zover daarin wordt aangevoerd dat de motivering in de bestreden beslissing om de prijsverantwoording van de verzoekende partij niet te aanvaarden, onvoldoende draagkrachtig is, is ernstig; op het eerste gezicht is de materiële motiveringsplicht geschonden. Deze vaststelling verantwoordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing. De draagwijdte van het ernstig bevonden middel verantwoordt niet de schorsing van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigering om haar de opdracht te gunnen. De kosten worden in beraad gehouden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Envirosoil tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van OVAM van 21 oktober 2016 waarbij de opdracht voor diensten “Raamovereenkomst VOCl: fase BSP, piloot en BSW Vlaams Gewest” wordt gegund aan de nv Envirosoil en de offerte van de nv TEC onregelmatig wordt verklaard.

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 1 december 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra