

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 237.014 van 12 januari 2017
in de zaak A. 208.909/XII-7372**

In zake: de NV DEME ENVIRONMENTAL CONTRACTORS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Annelies Verlinden en Evelien De Raeymaecker
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE MILIEUMAATSCHAPPIJ
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stéphane Libeer
kantoor houdend te 1040 Brussel
Sint-Michielslaan 55/10

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 8 juli 2013, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de Vlaamse Milieumaatschappij, Afdeling Operationeel Waterbeheer, van 10 mei 2013 waarbij de opdracht op grond van het bestek L 2012 R 0003 A “Slibruiming van de Bazeput te Kallo” wordt gegund aan de nv Aannemingsbedrijf Aertssen en niet aan de nv Deme Environmental Contactors.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 oktober 2016.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Evelien De Raeymaecker, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Matthias Kirsch, die loco advocaat Stéphane Libeer verschijnt voor de verwerende 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 Vlaamse Milieumaatschappij schrijft een openbare aanbesteding voor een opdracht van werken uit met betrekking tot “Slibruiming van de Bazeput te Kallo met afvoer van alle ruimingsproducten”.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 12 november 2012.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek “Slibruiming van de Bazeput te Kallo” L 2012 R 0003 A. De opdracht wordt geraamd op een bedrag van 1.673.430,00 euro.

Met betrekking tot de beschrijving van de opdracht wordt in het bestek vermeld:

“Voorwerp

Deze aanneming omvat voornamelijk:

- Het opmaken van een plaatsbeschrijving van alle toegangswegen naar de waterloop, afsluitingen, haar oeverbescherming en waardevolle, te behouden vegetatie.
- De organisatiemaatregelen inzake verkeer gedurende de werken.
- Het grondig ruimen van de waterloop van de Bazeput te Kallo op de in hoofdstuk XIII (technische bepalingen) aangegeven locaties en tot op de in dit hoofdstuk aangegeven bodempelen.
- Het instandhouden van de waterafvoer tijdens de werken.
- Het afvoeren van de ruimingsproducten naar een plaats van hergebruik buiten de werf en/of de afvoer naar een verwerkingsinstallatie en/of de afvoer naar een stortplaats.
- De definitieve herbestemming van de ruimingsproducten.
- Verscheidene prestaties ‘op grond van werkelijke uitgaven’ die het voorwerp uitmaken van een post ‘voorbehouden som’.”

Met betrekking tot bij te voegen stukken wordt in het bestek bepaald:

“Art. 90, §2. De bij de offerte te voegen documenten

Naast de documenten van de kwalitatieve selectie die vereist zijn op basis van voorafgaande artikels 16 tot 20, moet de inschrijver verplicht volgende documenten bij zijn offerte voegen:

1. zo nodig, bij toepassing van artikel 93: de medepartners van tijdelijke vennootschappen voegen een verklaring van hoofdelijke aansprakelijkheid toe;
2. bij toepassing van artikel 94: een kopie van de authentieke akte die de nodige bevoegdheid aan de mandataris(sen) die de offerte ondertekent (ondertekenen) toestaat;
3. zo nodig, een nota waarin de aannemer verklaart dat hij bij het opmaken van zijn offerte rekening gehouden heeft met eventuele terechtwijzende berichten met vermelding van de volgnummers en datums.
4. Het ingevulde, gedagtekende en ondertekende offerteformulier en de bijhorende samenvattende opmetingstaat eveneens gedagtekend en ondertekend alsmede de ondertekende verklaring (bijlage 2) dat hij alle nodige afspraken met zijn onderaannemers gemaakt heeft, in het bijzonder met de slibverwerkers derwijze dat een goede uitvoering van de aanneming gegarandeerd is.
5. Een nota waarin voor verschillende kwaliteitsklassen van specie een eenheidsprijs wordt opgegeven voor de afvoer, de verwerking en de afzet van ruimingsspecie afkomstig uit het in dit bestek aangeduide te ruimen traject. In de nota dient prijs te worden gegeven per m³ in-situ

specie voor volgende kwaliteitsklassen: ruimingsspecie met code 200, specie met code 300 tot 400, specie met code 500 tot 700 en specie met code 900. Deze nota is enkel van belang bij de beoordeling van de offerte wanneer een inschrijver een leemte, conform art. 112, §2, in verband met de milieuhygiënische kwaliteit van het slib vaststelde en meedeelde in zijn inschrijving.”

3.3. De openingszitting vindt plaats op 18 december 2012. Er worden acht offertes ingediend. De gekozen inschrijver dient de laagste offerte in voor een bedrag van 2.112.568,04 euro en de verzoekende partij dient de tweede laagste offerte in voor een bedrag van 2.488.213,75 euro, telkens btw inbegrepen.

3.4. Op 20 december 2012 wordt een gunningsverslag opgesteld.

3.5. Op 24 december 2012 wordt de gunningsbeslissing genomen, ondertekend door B.V. waarbij het gunningsverslag wordt onderschreven en de opdracht wordt gegund aan de nv Aannemingsbedrijf Aertssen.

3.6. Bij aangetekende brief van 18 januari 2013 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat haar offerte niet werd gekozen. Bij aangetekende brief van dezelfde datum deelt de verwerende partij aan de gekozen inschrijver mee dat hun offerte werd gekozen.

3.7. Op 28 januari 2013 leidt de verzoekende partij een kortgedingprocedure in bij de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen om mededeling te verkrijgen van de gunningsbeslissing en het gemotiveerd gunningsverslag, de opdracht gesloten met de nv Aannemingsbedrijf Aertssen te laten schorsen en de verwerende partij te horen veroordelen tot een dwangsom. Bij beschikking van 14 maart 2013 wordt de vordering van de verzoekende partij afgewezen bij gebreke aan rechtsmacht. Tegen deze beschikking stelt de verzoekende partij op 10 april 2013 hoger beroep in. Bij arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 27 juni 2013 wordt het beroep ongegrond verklaard.

3.8. Bij verzoekschrift van 12 februari 2013 stelt de verzoekende partij een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende

noodzakelijkheid van de beslissing van de verwerende partij van 24 december 2012 in bij de Raad van State.

Bij arrestnr. 222.863 van 14 maart 2013 wordt de gunningsbeslissing van 24 december 2012 geschorst op grond van de overweging dat artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ werd toegepast met schending van de materiële motiveringsplicht.

3.9. Op 10 mei 2013 wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld dat het initiële gunningsverslag van 20 december 2012 vervangt. In het gunningsverslag wordt een titel “gedetailleerd prijsonderzoek van de laagste inschrijving” opgenomen. Onder deze titel wordt een prijsonderzoek weergegeven wat de offerte van de gekozen inschrijver betreft. Hierin wordt overwogen als volgt:

“5 Gedetailleerd prijsonderzoek van de laagste inschrijving
Het gemiddelde volgens art. 110, §4 van het K.B van 08.01.1996 (de in tabel 2 met een * aangeduide inschrijvingsprijzen werden gebruikt voor het bepalen van het gemiddelde) bedraagt 2.709.335,20 EUR. De offerte van Aertssen wijkt 22% af van dit gemiddelde waardoor het eventueel abnormale karakter van deze offerte moet nagezien worden.

Voor het prijsonderzoek gebeurt de analyse van de inschrijving van Aertssen op basis van de info die d.d. 24/12/2012 voorhanden was. Aanvullend wordt het prijsonderzoek uitgebreid op basis van de aanvullende info die Aertssen na de sluiting van de opdracht heeft verstrekt.

5.1 Methodiek

In de eerste fase wordt voor de beoordeling van de offerteprijzen van Aertssen gebruik gemaakt van de prijzendatabank van de VMM enerzijds en de aangeboden prijzen van de andere inschrijvers anderzijds.

Als waterloopbeheerder van de onbevaarbare waterlopen van 1^{ste} categorie is voor de VMM de aanbesteding van slibuimingswerken een courante praktijk. Om de waterafvoer van onze waterlopen in stand te houden is de VMM genoodzaakt om de slibaanwas (ca. 150.000 m³ per jaar) in haar waterlopen te laten wegruimen. Voor 2011 en 2012 samen werd de slibuiming van 370.000 m³ slib aanbesteed met 33 verschillende aanbestedingen. De totale aannemingssom voor deze werken bedraagt 10 miljoen euro. Vanuit deze beheerstaak beschikt de VMM over een gedetailleerde prijzendatabank die bij het prijsonderzoek gebruikt wordt. De databank brengt alle eenheidsprijzen van zowel slibuiming als

slibverwerking samen die via de aanbestedingen met hetzelfde typebestek werden aangeboden. Aangezien het typebestek in alle aanbestedingen dezelfde administratieve en technische voorwaarden oplegt en dezelfde typeposten worden gebruikt, vormt de databank een correcte vergelijkingsbasis in dit prijsonderzoek. Dit geldt des te meer omdat bij het onderzoek enkel rekening wordt gehouden met de dossiers die recent, in 2011 of 2012, werden aanbesteed. Voor geen van deze dossiers zijn er betwistingen bij de gunning, loopt er een gerechtelijk[e] procedure of zijn er voorstellen tot prijsaanpassingen. Voor de dossiers die reeds in uitvoering zijn (waarvan een aantal al gefinaliseerd werden), blijkt dat de aangestelde aannemer tegen de aangeboden prijzen de werken op een normale manier kan uitvoeren.

Op basis van deze prijzendatabank is het mogelijk het vermoeden van abnormaliteit te onderzoeken en desgevallend een onderbouwd bewijs te leveren dat de eenheidsprijzen realistisch zijn.

Onderstaand worden achtereenvolgens de totaalprijs (§5.2) en de gehanteerde eenheidsprijzen (§5.3) geëvalueerd. Naast de gehanteerde eenheidsprijzen worden ook de geraamde eenheidsprijzen vergeleken met de eenheidsprijzen uit referentiedossiers. Dit heeft tot doel de raming te verifiëren waarmee duidelijk wordt of de raming een realistische maatstaf is voor de evaluatie van de aangeboden prijzen.

De evaluatie van de eenheidsprijzen is bij de slibuimingen van de VMM eenvoudig op een correcte manier uit te voeren aangezien in de meetstaat van al onze slibuimingsbestekken de opdracht slechts uitgesplitst is in 2 verschillende typeposten, enerzijds de typepost voor de grondige machinale ruiming (§5.3.1) en anderzijds de typepost voor het transport, ontwateren, verwerken, herbruiken en/of definitief afzetten van ruimingsproducten en -specie (§5.3.2). Op die manier kan de VMM vanuit zijn uitgebreide expertise een weloverwogen oordeel vormen over het abnormale karakter van de inschrijvingsprijzen.

In fase 2 worden de aangeboden prijzen geherevalueerd in het licht van de aanvullend verstrekte info m.b.t. de concrete uitvoeringswijze. Indien noodzakelijk en waar mogelijk worden de conclusies uit fase 1 bijgesteld of met een bijkomende motivering kracht bijgezet.

5.2 Evaluatie totaalprijs

Vaststelling:

Uit het prijsonderzoek van de offerte van Aertssen blijkt dat de totaalprijs van Aertssen lager ligt dan 85% van het gemiddelde berekend volgens art. 110, §4 van het KB van 8 januari 1996 (hierna grenswaarde genoemd). De afwijking t.o.v. het gemiddelde bedraagt 22%. De inschrijving van Aertssen ligt daarentegen 26,2 % boven de raming (raming: 1.673.430,00 Euro).

Beoordeling

De opgegeven afwijking t.o.v. het gemiddelde (22%) blijkt niet ongewoon bij slibuimingsdossiers. Voor de 32 andere slibuimingen die in de periode 2011-2012 werden aanbesteed, ligt bij 28 dossiers of in 87% van de gevallen de aannemingssom van de laagste inschrijver beneden de grenswaarde. De gemiddelde afwijking van de aannemingssom van de

laagste inschrijver t.o.v. het gemiddelde volgens art. 110, §4 bedraagt 33% bij de 32 andere dossiers. Ter illustratie wordt voor enkele dossiers de betreffende afwijking gegeven: slibruiming Kalkenvaart, -23%; slibruiming Grote Beverdijk, -34%; slibruiming Handzamevaart, -62%; slibruiming waterloop Verrebroek, -38%. In vergelijking met de gemiddelde afwijking die wordt vastgesteld in de andere dossiers is de afwijking bij de Bazeput beperkt (33% versus 22%). Gezien de grootte van de afwijking in het dossier van de Handzamevaart werd de aannemer om een prijsverantwoording verzocht. De prijzen werden correct, uitgaande van de reële kost van het materiaal en werklieden, verantwoord en aanvaard.

De vaststelling dat de offerteprijs van de laagste inschrijver onder de grenswaarde ligt, is bij slibruiming dus eerder de regel dan de uitzondering. Uit analyse blijken volgende redenen de oorzaak van de veelal grote afwijking van de laagste inschrijver t.o.v. de grenswaarde:

- In de gemiddelde inschrijvingsprijs zijn alle offertesommen, met uitzondering van het bovenste kwart, inbegrepen, dus ook de hoge offerteprijzen van inschrijvers die ofwel veel minder ervaren, toegespitst of vertrouwd zijn met de specifieke situatie van desbetreffend dossier dan wel om allerlei redenen niet scherp kunnen of willen inschrijven; wij merken hierbij op dat slibruiming ondanks de beperkte meetstaat vrij complex zijn, meer dan klassieke bouwwerken, wat het verschil in prijszetting tussen de verschillende inschrijvers bijkomend verklaart.
- De grote spreiding is te wijten aan het feit dat de slibverwerking 85% van de totaalprijs uitmaakt. Grote schommelingen in de eenheidsprijzen voor de posten 'slibverwerking' zijn heel gangbaar omdat:
 - Voor aannemers die gelijklopend in de nabijheid werken hebben waarbij er een grondtekort is (bv. dijkwerken, ophogingswerken), een slibruiming een opportuniteit is waarbij het geruimde slib als een bruikbare secundaire grondstof wordt afgevoerd. Dit vertaalt zich in een lagere eenheidsprijs. In het andere geval is de ruimingsspecie een afvalstof die tegen hoge kostprijs, in afwachting van een nieuwe eindbestemming, tussentijds gestockeerd moet worden wat de eenheidsprijzen voor de verwerking opdrijft.
 - Sommige aannemers tussen publicatie en aanbesteding eigen analyses doen om de verontreinigingsgraad precies te bepalen. Wanneer deze resultaten beter zijn dan deze in het bestek vertaalt zich dat in lagere eenheidsprijzen en een concurrentievoordeel. Hoewel staalname- en analyseprotocollen een representatieve en reproduceerbare uitkomst nastreven, worden er in de praktijk vaak grote verschillen vastgesteld tussen 2 meetcampagnes door verschillen bij de staalname, meetfouten, enz.
 - Een verontreiniging die net boven de normwaarde ligt (vb. de verontreiniging met zware metalen in het slib van de Bazeput), wordt door sommige aannemers niet als een probleemverontreiniging beoordeeld omdat ervan uitgegaan wordt dat:
 - bij de ruiming het slib wordt vermengd met het bovenstaand water waardoor de verontreiniging deels wordt uitgewassen/weggespoeld;

- bij de ruiming de volledige te ruimen slibpartij wordt vermengd waardoor de concentraties van de verontreinigende parameters worden uitgemiddeld tot een waarde onder de norm;
- zij een slibverwerkingsprocédé hanteren dat minder gevoelig is voor gradaties in sommige verontreinigingen.

Als bestuur stellen wij vast dat een ogenschijnlijke standaardopdracht als een slibuiming door de aangestelde aannemers in de praktijk met veel creativiteit op technisch, analytisch en juridisch vlak wordt aangepakt. Om een concurrentieel voordeel te bekomen en de winst te maximaliseren wordt doorgaans niet via een standaardaanpak gewerkt maar wordt innovatief en zeer gespecialiseerd maatwerk afgeleverd. Aannemers die vanuit hun expertise in staat zijn om met een unieke en batige uitvoeringsmethode de opdracht uit te voeren, kunnen met lagere, schijnbaar abnormale prijzen t.o.v. hun concurrenten, inschrijven zonder dat de kwaliteitsvolle uitvoering in het gedrang komt.

In dit licht is het ook niet ongebruikelijk dat, zoals bij de aanbesteding van de slibuiming Bazeput, de offerteprijs van de laagste inschrijver 15% lager ligt dan deze van de 2^{de} laagste inschrijver. Ter illustratie worden hierna de dossiers opgelijst waarbij de afwijking tussen de laagste en de 2^{de} laagste inschrijver eveneens ongeveer 15% bedraagt: slibuiming Kalkenvaart, -13%; slibuiming Grote Beverdijk, -14%; slibuiming Handzamevaart, -27%; slibuiming waterloop Verrebroek, - 14%.

Besluit:

De procentuele afwijking van de laagste inschrijver t.o.v. het gemiddelde berekend volgens art. 110, §4 is niet ongewoon of abnormaal in het licht van gelijkaardige, vergelijkbare, recent aanbestede dossiers. In 87% van de dossiers wordt door de laagste inschrijver een offerteprijs aangeboden die beneden de drempelwaarde van art. 110, §4 ligt. Voor geen van deze dossiers zijn er betwistingen bij de gunning, loopt er een gerechtelijk[e] procedure of zijn er voorstellen tot prijsaanpassingen. Geconcludeerd wordt dan ook dat de totaalprijs niet abnormaal laag is. Een grondig onderzoek van de eenheidsprijzen is evenwel noodzakelijk.

5.3 Evaluatie eenheidsprijzen

Hierna worden in §5.3.1 de posten 2 en 3 en in § 5.3.2 de posten 4 en 5 besproken. Post 1 betreft een voorbehouden som. De met [XXX] aangeduide eenheidsprijzen worden omwille van hun confidentiële karakter niet vrijgegeven.

5.3.1 Eenheidsprijs voor grondige machinale ruiming (post 2 en 3)

Vaststelling

Aertssen hanteert voor de grondige machinale ruiming (post 2 en 3) een eenheidsprijs tussen de [XXX] en de [XXX] euro/m³. De geraamde eenheidsprijs bedraagt voor beide posten 4 euro/m³. De 2^{de} laagste inschrijver (DEME) schrijft voor deze posten in tussen [XXX] euro/m³ en [XXX] euro/m³.

Beoordeling

Met de tabel in bijlage 3 wordt aangetoond dat er van de 32 andere recent aanbestede dossiers 13 dossiers zijn waarbij de laagste regelmatige

inschrijver gelijkaardige of zelfs lagere eenheidsprijzen hanteert dan Aertssen.

Uit de tabel in bijlage 3 kan besloten worden dat:

- Zelfs de laagste eenheidsprijs die Aertssen hanteert voor de ruiming ([XXX] euro/m³) niet abnormaal laag is in vergelijking met 13 van de 32 andere dossiers.
- De eenheidsprijs van [XXX] euro/m³ die Aertssen hanteert voor post 3 in vergelijking met de eenheidsprijzen van de 13 dossiers (zie voorlaatste kolom) zeker niet abnormaal laag is, wel integendeel voor een aantal dossiers wordt geruimd aan minder dan de helft van deze eenheidsprijs.
- De geraamde eenheidsprijs van 4 euro/m³ een deugdelijk geraamde eenheidsprijs is waardoor de raming een realistische maatstaf is voor het onderzoek van de abnormaliteit van de eenheidsprijs voor de ruiming.

Besluit:

Het prijsonderzoek van de eenheidsprijzen voor de slibuiming (post 2 en 3) toont aan dat in 13 van de 32 referentiedossiers eenheidsprijzen worden gehanteerd die vergelijkbaar of lager zijn dan de prijzen die Aertssen bij de slibuiming van de Bazeput opgeeft. Hieruit kan besloten worden dat Aertssen voor de ruiming van het slib (post 2 en 3) geen abnormaal lage prijzen hanteert. Ook werd in dit onderzoek de geraamde eenheidsprijs geverifieerd waaruit blijkt dat de gehanteerde raming een deugdelijk[e], realistische maatstaf is voor de beoordeling van de abnormaliteit van de posten 2 en 3.

Bijkomende beoordeling op basis van plan van aanpak Aertssen:

Uit de werkwijze die Aertssen voorschrijft in het plan van aanpak dat na sluiting van de opdracht door het Bestuur werd opgevraagd, blijkt dat Aertssen een werkwijze zal hanteren waarmee de uitvoering vergaand wordt geoptimaliseerd. Deze optimalisatie beïnvloedt in belangrijke mate de prijszetting van de posten 2 en 3. In de confidentiële nota in bijlage 4 wordt dit aspect verder behandeld.

Besluit:

Het feit dat in het plan van aanpak een concrete technische oplossing wordt voorgesteld waarmee Aertssen de uit te voeren opdracht vergaand optimaliseert, toont des te meer aan dat Aertssen voor de ruiming geen abnormale prijzen hanteert.

5.3.2 Eenheidsprijs voor transport, ontwateren, verwerken, herbruiken en/of definitief afzetten van ruimingsproducten en -specie (post 4 en 5)

Vaststelling

Aertssen hanteert voor Post 4 en 5 een eenheidsprijs van [XXX] euro/m³. De geraamde eenheidsprijs bedraagt voor beide posten 16 euro/m³. De tweede laagste inschrijver geeft voor zowel post 4 als 5 een eenheidsprijs van [XXX] euro/m³.

Beoordeling

In de tabel in bijlage 5 wordt de eenheidsprijs van Aertssen vergeleken met de offerteprijzen van de laagste regelmatige inschrijver uit een reeks van andere gelijkaardige slibuimingen. Bij de selectie van de

onderstaande referentiedossiers ging bijzondere aandacht naar de verontreinigingsgraad van het te verwerken sediment. Meer bepaald werden in de tabel enkel de dossiers opgenomen waarvan de slibkwaliteit dezelfde verontreinigingsgraad en herbruikmogelijkheden heeft als het slib van de Bazeput. 8 van de 32 andere recent aanbestede dossiers hebben een vergelijkbare verontreinigingsgraad. Deze 8 dossiers worden opgenomen in bijlage 5.

Uit de tabel in bijlage 5 kan besloten worden dat:

- In alle 8 dossiers met een vergelijkbare slibkwaliteit worden eenheidsprijzen gehanteerd die gelijkaardig of lager zijn dan de eenheidsprijs die Aertssen opgeeft voor post 4 en 5 ([XXX] euro/m³) waarmee wordt aangetoond dat de prijs van Aertssen niet abnormaal laag is;
- ondanks dat de vermelde eenheidsprijzen in de voorlaatste kolom allemaal prijzen zijn voor de verwerking van slib met dezelfde verontreinigingsgraad worden aanzienlijke verschillen vastgesteld wat illustreert dat grote variaties in de verwerkingsprijzen voor het slib van de Bazeput normaal zijn;
- de geraamde eenheidsprijs van 16 euro/m³ een deugdelijk geraamde eenheidsprijs is waardoor de raming een realistische maatstaf is voor het onderzoek van de abnormaliteit van de eenheidsprijs voor de slibverwerking;

Bij het rekenkundig nazicht van de andere inschrijvingen valt op dat DC Industrial met een prijs van [XXX] euro/m³ een prijs hanteert die lager ligt dan de prijs die door Aertssen voor deze posten wordt aangeboden. Het feit dat een concurrerende, gespecialiseerde aannemer prijzen hanteert die vergelijkbaar zijn met deze van Aertssen is een bijkomend argument dat aantoont dat de verwerkingsprijs van Aertssen niet onrealistisch laag is.

Besluit:

Het prijsonderzoek waarbij de eenheidsprijzen voor de slibverwerking worden vergeleken met deze van recent aanbestede dossiers met een gelijkaardige slibkwaliteit toont aan dat Aertssen voor de slibverwerking (post 4 en 5) geen abnormaal lage prijzen hanteert. Daarnaast werden de geraamde eenheidsprijzen geverifieerd waaruit blijkt dat de gehanteerde ramingen een deugdelijk[e], realistische maatstaf zijn voor de beoordeling van de abnormaliteit van de posten 4 en 5. Ook de prijsvergelijking binnen deze aanbesteding toont het normale karakter van de door Aertssen aangeboden prijs voor deze posten.

Bijkomende beoordeling op basis van plan van aanpak Aertssen:

Uit de werkwijze die Aertssen voorschrijft in het plan van aanpak dat na sluiting van de opdracht door het Bestuur werd opgevraagd, blijkt dat Aertssen een werkwijze zal hanteren waarmee de uitvoering vergaande wordt geoptimaliseerd. Deze optimalisatie beïnvloedt in belangrijke mate de prijszetting van de posten 4 en 5. In de confidentiële nota in bijlage 4 wordt dit aspect verder behandeld.

Besluit:

Het feit dat in het plan van aanpak een concrete technische oplossing wordt voorgesteld waarmee Aertssen de uit te voeren opdracht optimaliseert toont aan dat Aertssen voor de slibverwerking geen abnormale prijzen hanteert.

5.4 Algemeen besluit prijsonderzoek

Uit een vergelijkend onderzoek waarbij de prijzen van Aertssen worden geëvalueerd t.o.v. de prijzen die gehanteerd worden bij andere gelijkaardige slibuimingen blijkt dat zowel qua totaalprijs als qua eenheidsprijzen de prijzen van Aertssen laag maar zeker niet ongewoon of abnormaal zijn.

Met het plan van aanpak werd door Aertssen een technisch[e] oplossing voorgesteld die de aannemer in staat stelt om de opdracht op een kosteneffectieve en doelmatige manier uit te voeren. Het concurrentievoordeel dat de aannemer bekomt door de originaliteit van het aangeboden procedé kan de aannemer niet ontnomen worden door zijn bieding onregelmatig te verklaren wegens abnormaal lage prijzen.

6. Voorstel tot gunning

De laagste inschrijving wordt als regelmatig aanzien.

Daarom wordt voorgesteld de werken toe te wijzen aan aannemingsbedrijf Aertssen nv uit Stabroek op basis van haar inschrijving van 18 december 2012 voor een bedrag van 1.745.924,00 + 366.644,04 EUR (21% btw) = 2.112.568,04 EUR.

Opgesteld te Brussel, 10 mei 2013.”

3.10. Bij beslissing van 10 mei 2013 gunt de verwerende partij de opdracht “Slibuiming Bazeput te Kallo” aan de nv Aannemingsbedrijf Aertssen.

Hierbij wordt overwogen:

“[...]

Gelet op de gunningsbeslissing van 24/12/2012;

Gelet op het arrest van de Raad van State (arrest nr. 222.863 d.d. 14/03/2013) dat de gunningsbeslissing van 24/12/2012 schorst;

Gelet op het gemotiveerde gunningsverslag d.d. 10/05/2013 dat als bijlage bij deze beslissing is gevoegd en er integraal deel van uitmaakt. Dit gunningsverslag vervangt het initiële verslag d.d. 20/12/2012;

Motivering in feite

Overwegende dat uit het bovenvermelde gunningsverslag d.d. 10/05/2013, dat geheel wordt onderschreven, blijkt dat de laagste regelmatige offerte werd ingediend door Aannemingsbedrijf Aertssen nv;

Besluit

De opdracht slibuiming Bazeput te Kallo (L 2012 R 0003 A) wordt gegund aan Aannemingsbedrijf Aertssen nv voor een bedrag van 2.112.568,04 Euro (incl. btw).”

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

3.11. Met een verzoekschrift van 24 mei 2013 vordert de verzoekende partij de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing.

Met arrest nr. 224.156 van 27 juni 2013 wordt de vordering verworpen.

IV. Verzoek tot aanstelling van een deskundige

4. De verzoekende partij vraagt de aanstelling van een deskundige om in het kader van de beoordeling van het eerste middel na te gaan of de technische uitvoering vervat in het handelingsplan van de gekozen inschrijver, overeenstemt met de milieuvergunningen van deze inschrijver dan wel met die van zijn eventuele onderaannemers en om in het kader van het tweede middel de totaalprijs en de eenheidsprijzen in de offerte van de gekozen inschrijver op marktconformiteit en realistisch karakter te onderzoeken. De deskundige dient volgens de verzoekende partij hierbij gebruik te maken van de door de verwerende partij als vertrouwelijk neergelegde stukken.

Beoordeling

5. Het verzoek wordt niet ingewilligd om de volgende redenen.

In beginsel kunnen alleen die technische problemen waaromtrent de Raad van State niet over de vereiste technische kennis beschikt en die reeds door de partij die een deskundigenonderzoek vraagt, met een minimum aan geloofwaardige gegevens worden onderbouwd, aanleiding geven tot de aanstelling van een deskundige. Dit is hier niet anders.

Zoals uit de bespreking van het eerste middel hierna blijkt, diende de aanbestedende overheid bij het nemen van de bestreden beslissing het handelingsplan van de gekozen inschrijver niet te toetsen aan de milieuvergunningen van de inschrijver. De verwerende partij merkt hier

overigens bij op dat de gekozen inschrijver gebruik heeft gemaakt van een slibverwerkingsinstallatie waarvan de verzoekende partij de uitbater is. De premisse om een deskundige aan te stellen is bijgevolg niet dienstig.

Wat het verzoek in het kader van het tweede middel betreft, beschikt de Raad in de eerste plaats slechts over een beperkte toetsingsbevoegdheid ten aanzien van het door de aanbestedende overheid gevoerde prijsonderzoek. De verzoekende partij maakt hierbij niet aannemelijk dat de Raad niet met voldoende kennis van zaken de door de verwerende partij voorgelegde vergelijking met prijzen uit haar databank zou kunnen beoordelen binnen zijn beperkte toetsingsbevoegdheid.

Conclusie is dan ook dat de verzoekende partij onvoldoende aannemelijk maakt dat de Raad van State de aangevoerde middelen niet zou kunnen beoordelen zonder de bijstand van een deskundige, temeer omdat de Raad kennis mag nemen van de vertrouwelijke stukken die hij bij zijn beoordeling mag betrekken.

V. Omtrent de vertrouwelijkheid van de stukken

6. De verzoekende partij vraagt, in de mate dat er geen deskundige wordt aangesteld, de opheffing van de vertrouwelijkheid van bepaalde door de verwerende partij neergelegde stukken, namelijk het handelingsplan van de gekozen inschrijver en de bijlagen bij het gunningsverslag omtrent het prijsonderzoek en omtrent het onderzoek van het voormelde handelingsplan door de verwerende partij. De verzoekende partij meent dat het vertrouwelijk karakter van die stukken op manifeste wijze haar effectieve rechtsbescherming schendt en dat zij de gelegenheid moet krijgen om het plan van aanpak van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen aan de milieuvergunning van deze inschrijver voor haar zetel in Stabroek te toetsen en om het marktconform en realistisch karakter van de totaalprijs en de eenheidsprijzen van deze inschrijver te verifiëren, onder meer door kennisname van het plan van aanpak van deze inschrijver en het vermeende prijsonderzoek van de verwerende partij. Voorts meent zij dat de verwerende partij, gelet op het tijdsverloop, niet aantoonbaar dat de prijzen opgenomen in haar databank ook na verloop van tijd nog steeds als

vertrouwelijk moeten worden aangemerkt. De verwijzing naar de concurrentiële relatie tussen de verzoekende partij en de andere inschrijvers zou overigens nietszeggend zijn.

7. In haar laatste memorie verzet de verwerende partij zich niet langer tegen de vrijgave van het handelingsplan van de gekozen inschrijver en citeert eruit.

Beoordeling

8.1. De vertrouwelijkheid wordt niet gelicht om de volgende redenen.

8.2. In de mate dat de verzoekende partij het lichten van de vertrouwelijkheid vraagt van het handelingsplan van de gekozen inschrijver opdat zij de gelegenheid zou krijgen om dit plan te toetsen aan de milieuvergunningen van deze inschrijver, kadert deze vraag in het eerste aangevoerde middel. Zoals echter uit de bespreking van het eerste middel zal blijken, dient voor de beoordeling ervan niet op deze vraag te worden ingegaan, nu het lichten van de vertrouwelijkheid van het handelingsplan in het kader van het eerste middel niet noodzakelijk is voor de oplossing van het geschil.

8.3. In de mate dat de verzoekende partij in het kader van haar tweede middel het lichten van de vertrouwelijkheid vraagt van het handelingsplan van de gekozen inschrijver alsook van de databank van de aanbestedende overheid met eenheidsprijzen voor reeds aanbestede opdrachten en van het prijsonderzoek gevoerd door de aanbestedende overheid om het marktconform en realistisch karakter van de totaalprijs en de eenheidsprijzen van deze inschrijver te verifiëren, wordt het volgende opgemerkt.

De verzoekende partij had reeds op het ogenblik van de redactie van haar beroepschrift in zekere doch voldoende mate kennis van de uitvoeringsmethode die de gekozen inschrijver voorstelde. Immers, in de nota die de verwerende partij neerlegde in het kader van de kortgedingprocedure die voorafging aan het neerleggen van het verzoekschrift in huidige procedure,

evenals in de nota die de verwerende partij neerlegde in het kader van de kortgedingprocedure met betrekking tot de eerdere gunningsbeslissing van 24 december 2012, heeft de verwerende partij reeds enigszins toegelicht welke uitvoeringsmethode de gekozen inschrijver hanteerde. Zo staat in die laatste nota te lezen:

“Zo gaat verzoekster ook uit van haar eigen voorgesteld procédé, nl. slibafgraving – ter plaatse ontwateren door het op de o[e]ver te laten uitdrogen of transport naar eigen site en daar ontwateren, maar er zou evengoed een ander procédé kunnen toegepast worden, nl. afdamming van een gedeelte van de put, afgraving en dan lagunering ter plaatse en pas dan transport van een (verminderde hoeveelheid) slib naar een verwerkingsinstallatie.”

Het procédé van afdamming en lagunering dat de gekozen inschrijver voorstelde, werd aldus blootgegeven. De verzoekende partij betreft deze informatie echter op geen enkele wijze in de uiteenzetting van haar middelen in het huidige verzoekschrift.

Wat de databank betreft met de eenheidsprijzen en totaalprijzen van de slibverwerkingsdossiers die in de twee jaar voorafgaand aan huidige opdracht door de verwerende partij werden aanbesteed, wijst de verwerende partij er terecht op dat de verzoekende partij inzage wenst te krijgen in de prijzen gehanteerd door haar rechtstreekse concurrenten die bovendien ook vaak directe afnemers zijn van haar slibverwerkingsdiensten. Door deze informatie vrij te geven aan de verzoekende partij zou zij als enige een zeer groot voordeel hebben in andere aanbestedingsdossiers ten aanzien van haar concurrenten en ten aanzien van haar afnemers van slibverwerkingsdiensten. De verwerende partij maakt dan ook op voldoende wijze aannemelijk dat de vrijgave het evenwicht in de slibverwerkingsmarkt fundamenteel zou kunnen verstoren.

Bovendien moet ook worden vastgesteld dat het offerteformulier met de bijhorende meetstaat zoals ingediend door de gekozen inschrijver reeds tijdens de beide voorgaande kortgedingprocedures als niet vertrouwelijk stuk door de verwerende partij werd neergelegd. Aan de verzoekende partij werd aldus de mogelijkheid geboden kennis te nemen van de

door de gekozen inschrijver ingediende eenheidsprijzen en totaalprijs vooraleer zij haar verzoekschrift tot nietigverklaring indiende.

8.4. Het niet lichten van de vertrouwelijkheid belet niet dat de Raad van deze vertrouwelijk neergelegde stukken kennis mag nemen en deze in zijn beoordeling mag betrekken.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

9.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’, van het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, van het gelijkheidsbeginsel, van het mededingingsbeginsel en van het zorgvuldigheids- en transparantiebeginsel, alsook van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en betoogt:

“Doordat verwerende partij ten onrechte heeft geoordeeld dat de offerte van nv Aannemingsbedrijf Aertssen op datum van aanbesteding aan de vergunningsvereisten en de andere vereisten zoals opgenomen in het Bestek voldoet,

En doordat verwerende partij ten onrechte heeft geoordeeld dat de offerte van nv Aannemingsbedrijf Aertssen de door het Bestek voorgeschreven werkwijze inzake het wegvoeren van de ruimingsproducten volgt;

Terwijl een aanbestedende overheid, zoals *in casu* verwerende partij, die op grond van artikel 110, §2 van het K.B. van 8 januari 1996 een onregelmatigheid vaststelt, de betrokken offerte – in het voorliggend geval deze van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen – als onregelmatig moet aanmerken en deze vervolgens moet weren uit de gunningsprocedure, zeker wanneer de offerte bestanddelen bevat die niet overeenstemmen (of overeen kunnen stemmen) met de werkelijkheid en de offerte niet voldoet aan essentiële bestekbepalingen (wat *in casu* het geval is omdat blijkt dat

Aannemingsbedrijf Aertssen nv op datum van aanbesteding geenszins over een afdoende milieuvergunning beschikt om de werken uit te voeren waardoor zij ook niet de in het Bestek voorgeschreven werkwijze kan volgen);

En terwijl, een aanbestedende overheid, zoals de verwerende partij, op basis van artikel 15 van de Overheidsopdrachtenwet de Opdracht dient toe te wijzen aan de laagste regelmatige inschrijver, zodat verwerende partij de voorliggende Opdracht niet kan toewijzen aan nv Aannemingsbedrijf Aertssen wiens offerte niet regelmatig is maar de Opdracht had dienen toe te wijzen aan verzoekende partij, die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend;

En terwijl, verwerende partij op basis van het gelijkheidsbeginsel alle inschrijvers op gelijke wijze moet behandelen en beoordelen terwijl verwerende partij de offertes met een onderscheiden gestrengheid heeft benaderd door niet aan alle inschrijvers op te leggen te voorzien in de vereiste vergunningen op datum van aanbesteding hetgeen ook leidt tot een situatie waarin de opgegeven prijzen *c.q.* offertes, niet meer kunnen worden vergeleken nu zij niet dezelfde uitgangspunten als basis nemen voor de berekening van de prijs;

En terwijl, verwerende partij op basis van de eerlijke mededinging, niet zonder meer kan kiezen welke inschrijvers zij in de verdere gunningsprocedure meeneemt maar zij offertes die onregelmatig zijn, definitief dient uit te sluiten;

En terwijl, verwerende partij op grond van het zorgvuldigheids- en transparantiebeginsel, alvorens over te gaan tot het nemen van een gunningsbeslissing, een adequaat en zorgvuldig onderzoek van de voorliggende stukken dient te verrichten en één en ander dient weer te geven in de gunningsbeslissing;

En terwijl, verwerende partij op grond van het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel gehouden is om het kader en de spelregels die zij zelf vaststelt, na te leven en derhalve *in casu* diende te erkennen dat de offerte van nv Aannemingsbedrijf Aertssen dient te beschikken over de vereiste vergunningen waarover nv Aannemingsbedrijf Aertssen evenwel niet blijkt te beschikken;

En terwijl, een inschrijver zoals verzoekende partij op grond van de Formele Motiveringswet dient te kunnen afleiden uit de gunningsbeslissing op welke wijze de verwerking van de specie zal worden gedaan en of nv Aannemingsbedrijf Aertssen daartoe over de vereiste milieuvergunning beschikt, terwijl de gunningsbeslissing op dit punt geen enkele motivering bevat.”

Bij de toelichting merkt de verzoekende partij op dat uit de besteksbepalingen moet worden afgeleid dat een inschrijver bij zijn offerte moet beschikken over de nodige vergunningen vereist voor zijn uitvoeringsmethode. Het vereiste hierover te beschikken, is een essentiële technische besteksspecificatie. Zij meent ook dat de uitvoeringsmethode in de offerte van de

gekozen inschrijver niet strookt met de in het bestek voorgeschreven werkwijze dat alle ruimingsproducten van het terrein dienen te worden weggevoerd en tussentijds moeten worden gestockeerd.

Wat de vergunningen betreft, wijst de verzoekende partij naar een aantal milieuvergunningen waarover een inschrijver volgens haar moet beschikken om de opdracht te kunnen uitvoeren. Voorts geeft zij aan dat in het schrijven waarmee de opdracht wordt betekend aan de gekozen inschrijver, wordt gevraagd een beschrijving van de werkwijze met bijhorend uitvoeringsprogramma voor te leggen, zodat volgens haar de opdracht aldus wordt gegund aan een inschrijver waarbij de aanbestedende overheid geen enkel zicht heeft op de wijze waarop de inschrijver de werken zal uitvoeren.

De offerte had volgens de verzoekende partij bijgevolg geweerd moeten worden als substantieel onregelmatig wegens het afwijken van een essentiële besteksbeplating, namelijk het beschikken over voldoende en afdoende vergunningen op datum van aanbesteding.

9.2. In haar memorie van wederantwoord betwist de verzoekende partij de stelling van de verwerende partij dat een aannemer niet dient te beschikken over de vereiste vergunningen voorafgaand aan de gunningsbeslissing. Ook wijst zij erop dat de gekozen inschrijver in geen geval de opdracht mag uitvoeren overeenkomstig de werkwijze voorgeschreven in het bestek wat nochtans verplicht zou zijn gelet op de keuze voor een aanbestedingsprocedure waarin de werkwijze vastligt en enkel de prijs van de inschrijvers voor het uitvoeren van de door de aanbestedende overheid gekozen werkwijze mag worden beoordeeld.

9.3. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij dat volgens bepaalde besteksbeplatingen en dan vooral deze vermeld onder hoofdstuk XIII inzake technische specificaties bij de uit te voeren opdracht, waarin er sprake is van het effectief bezitten van de vereiste vergunningen op datum van aanbesteding, aan het vergunningsvereiste moet zijn voldaan bij de indiening van de offerte en niet slechts na de gunning van de opdracht. Volgens de verzoekende

partij beschikt de gekozen inschrijver in geen geval over de vereiste vergunningen op datum van de aanbesteding.

Beoordeling

10.1. De verzoekende partij voert in essentie aan dat de offerte van de gekozen inschrijver als onregelmatig geweerd had moeten worden omdat ze niet zou voldoen aan de milieuvergunningseisen zoals opgenomen in het bestek en omdat de gekozen inschrijver zou afwijken van de in het bestek voorziene werkwijze die als een essentiële vereiste zou zijn opgelegd.

10.2. In het bestek wordt bij de omschrijving van het voorwerp van de in het geding zijnde opdracht bepaald:

“Voorwerp

Deze aanneming omvat voornamelijk:

[...]

- Het grondig ruimen van de waterloop van de Bazeput te Kallo op de in hoofdstuk XIII (technische bepalingen) aangegeven locaties en tot op de in dit hoofdstuk aangegeven bodempellen.
- [...]
- Het afvoeren van de ruimingsproducten naar een plaats van hergebruik buiten de werf en/of de afvoer naar een verwerkingsinstallatie en/of de afvoer naar een stortplaats.

[...]

Volgende bepalingen gelden bij de uitvoering van de opdracht:

- De wijze van ruimen en transport is in principe vrij, tenzij anders aangegeven door bepaalde besteks-bepalingen. De aannemer wordt er uitdrukkelijk op gewezen dat hij er alle gevolgen van moet voorzien, in het bijzonder naar de vergunningen en de machtigingen die voor bepaalde activiteiten of installaties – ook on-site installaties – nodig zijn. De aannemer dient alle kenmerken, voor- en nadelen en gevolgen van zijn uitvoeringsmethode te voorzien, in het bijzonder op het vlak van het leefmilieu (zorgplicht) en andere aan vergunningen onderhevige activiteiten, en ook de vereiste vergunningen effectief in zijn bezit te hebben op datum van aanbesteding. De aannemer dient derhalve een kwaliteitsvol, onberispelijk totaalvoorstel van uitvoering te voorzien. De aannemer blijft te allen tijde verantwoordelijk voor zijn keuzes.
- Alle bovengehaalde ruimingsproducten worden eigendom van de aannemer die er vrij kan over beschikken binnen de vigerende wetgeving, tenzij anders aangegeven in dit bestek. De aannemer wordt er ook hier uitdrukkelijk op gewezen dat hij er alle gevolgen van moet voorzien, in het bijzonder naar de vergunningen en de machtigingen die

voor bepaalde activiteiten of installaties – ook on-site installaties – nodig zijn. Wanneer langer dan 3 maanden gebruik gemaakt wordt van een on-site techniek die voorkomt op de lijst in Bijlage I van het VLAREBO vormt de bodemonderzoeksplicht bij de stopzetting van de activiteit een last van de aanneming. De aannemer dient alle kenmerken, voor- en nadelen en gevolgen van zijn procédés te voorzien, in het bijzonder op het vlak van het leefmilieu (zorgplicht) en andere aan vergunningen onderhevige activiteiten, en ook de vereiste vergunningen effectief in zijn bezit te hebben op datum van aanbesteding. De aannemer dient derhalve een kwaliteitsvol, onberispelijk totaalvoorstel van uitvoering te voorzien. De aannemer blijft te allen tijde verantwoordelijk voor zijn keuzes.

- Het transport en het storten, of het afzetten/stockeren van de ruimingsproducten is in de aanneming begrepen. De kosten verbonden aan dit transport en aan het verwerken/afzetten/storten van het eindproduct zijn een last van de aanneming en moeten verwerkt zijn in de kostprijs van de verwerking.

De aannemer is verplicht om voor de aanbesteding de nodige afspraken te maken met eventuele gespecialiseerde onderaannemers die het transport, de verwerking en de afzet van de ruimingsproducten voor hun rekening nemen. De aannemer of diens onderaannemer is verplicht te beschikken over alle vergunningen die nodig zijn om de ruimingsspecie op te slaan in afwachting van behandeling, te verwerken en eventueel definitief te verwijderen (storten) wanneer een toepassing als secundaire grondstof uitgesloten is. De vergunde capaciteiten dienen toereikend te zijn om de ruimingsspecie tijdelijk op te slaan en te verwerken. Inzake de nodige vergunningen voor de verwerking van baggerspecie wordt onder meer verwezen naar de rubrieken 2.2.8 en 2.3.7 van Vlarem I.

.”

Wat betreft de bij de offerte te voegen documenten wordt in het bestek bepaald:

“Art. 90, §2. De bij de offerte te voegen documenten

Naast de documenten van de kwalitatieve selectie die vereist zijn op basis van voorafgaande artikels 16 tot 20, moet de inschrijver verplicht volgende documenten bij zijn offerte voegen:

[...]

4. Het ingevulde, gedagtekende en ondertekende offerteformulier en de bijhorende samenvattende opmetingstaat eveneens gedagtekend en ondertekend alsmede de ondertekende verklaring (bijlage 2) dat hij alle nodige afspraken met zijn onderaannemers gemaakt heeft, in het bijzonder met de slibverwerkers derwijze dat een goede uitvoering van de aanneming gegarandeerd is.”

Voorts wordt in het bestek onder “Hoofdstuk I: Algemene administratieve voorschriften”, “3. Koninklijk Besluit van 26.09.1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en de bijlage bij dit besluit (algemene aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten en voor de concessie voor openbare werken)”, subtitel “3.2. Algemene administratieve voorschriften in toepassing van de bijlage: Algemene aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de concessies voor openbare werken” bepaald:

“Art.25, §2. Vergunningen die nodig zijn voor de uitvoering

Voor het uitvoeren van de in dit bestek beschreven slibuiming is geen stedenbouwkundige vergunning vereist mits de bepalingen en uitvoeringstermijnen van het bijzonder bestek gerespecteerd worden. De vergunningen/ontheffingen die vereist zijn ingevolge de bepalingen betreffende het natuurbewoud zullen door het Bestuur aangevraagd worden. Ook de verplichting tot voorafgaande bekendmaking via aanplakking voor de trajecten waar de specie definitief gedeponneerd wordt op de oever wordt door het Bestuur uitgevoerd. De desgevallend andere vereiste vergunningen die samenhangen met de uitvoering der werken moeten altijd door de aannemer worden aangevraagd. Bij wijze van voorbeeld:

- de bouwplaatsvergunning,
- machtiging gebruik toegangswegen, private doorgangen,...
- het verkeersplan,
- concessiehoudende maatschappijen,
- vergunningen tot en met klasse 3 volgens Vlarem I voor de opslag in afwachting van behandeling, het verwerken en het desgevallend definitief storten van de ruimingsproducten (deze vergunningen moeten beschikbaar zijn op datum van aanbesteding).”

Daarnaast wordt in het bestek, onder de algemene aannemingsvoorwaarden, onder artikel 28, § 1, “Bevel tot uitvoering en leiding van de werken” bepaald:

“Binnen de veertien kalenderdagen na het ontvangen van het aanvangsbevel wordt door de aannemer een beschrijving van de werkwijze met bijhorende uitvoeringprogramma (tijdsschema) van de totale opdracht ter goedkeuring aan het Bestuur voorgelegd. Dit omvat minstens:

- een omschrijving van de ruimingswijze;
- een omschrijving van de verwerking van de ruimingsproducten;
- alle bijhorende transport;

- een omschrijving van de definitieve afzet of het definitief storten van de ruimingsproducten m.i.v. alle daarbij horende vergunningen van de verwerkingsinstallaties (ook als het vergunningplichtige on-site activiteiten betreft).
- een uitvoeringsprogramma.”

Ten slotte wordt in het bestek onder “Hoofdstuk XIII Werken aan waterlopen”, titel “0. Specificaties bij de uit te voeren opdracht” bepaald:

“4. Alle ruimingsproducten van de wachtkom moeten van het terrein afgevoerd worden. De aannemer van de werken wordt eigenaar van de ruimingsproducten op het ogenblik van de slibafvoer van de werf. Het transport, het tussentijds stockeren, het reinigen en afzetten of storten van de ruimingsproducten is in de aanneming inbegrepen. Hij moet op datum van aanbesteding zelf reeds beschikken over de nodige vergunningen en machtigingen voor het verwijderen, verwerken, behandelen en tijdelijke opslag van de ruimingsproducten, welke ook de uitvoeringswijze is.”

10.3. Bij lezing van deze besteksbepalingen stelt de Raad vast dat ze zo moeten worden begrepen dat het vereiste dat de aannemer van de werken over de nodige vergunningen beschikt om de opdracht te kunnen uitvoeren volgens de voorgestelde uitvoeringswijze, zich voordoet als een uitvoeringsmodaliteit van de opdracht en aldus te situeren is in de fase van de uitvoering van de opdracht, en dit om de volgende redenen.

De bepaling dat de vergunningen aanwezig moeten zijn op datum van aanbesteding, wordt in het bestek vermeld onder titels die handelen over “de uitvoering van de werken”. Ook bij de vermelding van het vereiste onder het hoofdstuk XIII inzake de technische specificaties bij de uit te voeren opdracht, dient te worden vastgesteld dat ook daar de bepaling geschreven is ten aanzien van de aannemer die de werken moet uitvoeren, dit wil zeggen in de fase vóór de aanvang van de werken en tijdens de werken en dus na de toewijzing ervan.

De verwerende partij mag worden bijgevallen in haar opvatting dat de betrokken bepalingen in het bestek geen regelmatigheidsvereiste voor de offerte bepalen maar dat erin enkel duidelijk wordt gemaakt dat de gekozen inschrijver zal instaan voor het tijdig aanvragen en beschikken over de nodige

milieuvergunningen. Het belang dat de aanbestedende overheid in voormeld kader hecht aan het tijdig beschikken over de vereiste vergunningen tijdens de uitvoeringsfase, blijkt bijvoorbeeld ook uit de besteksbepaling waarin wordt voorgeschreven dat de uitvoeringstermijn van de opdracht niet wordt verlengd met de termijn die nodig is voor het behalen van een grondstofverklaring voor het te ruimen en af te voeren slib. Er mag in een ruimer perspectief worden aangenomen dat te dezen het antwoord op de vraag over welke milieuvergunningen een aannemer bij de uitvoering moet beschikken, niet volledig kan worden beantwoord bij de redactie van de offerte gelet op de aard van de opdracht die onbekenden bevat zoals de verontreinigingsgraad van het slib, en het bestek dit antwoord dan ook niet vereiste.

De vaststelling dat het niet gaat om een regelmatigheidsvereiste van de offerte volgt ook uit het feit dat nergens in het bestek wordt bepaald dat de inschrijver bij zijn offerte de nodige vergunningen dient te voegen, laat staan dat aan het ontbreken daarvan een nietigheidssanctie zou zijn gekoppeld. Evenmin wordt in het bestek voorzien in het vereiste dat de inschrijver bij zijn inschrijving reeds een plan van uitvoering moet bijvoegen waaruit zou blijken welke vergunningen vereist zullen zijn voor de uitvoering. Volgens de besteksbepalingen moeten slechts na het ontvangen van het aanvangsbevel, wanneer ook de beschrijving van de werkwijze met bijhorend uitvoeringsprogramma ter goedkeuring wordt voorgelegd, de daarbij horende vergunningen worden omschreven. Bijgevolg dienen noch een uitvoeringsprogramma of handelingsplan waaruit de gekozen uitvoeringsmethode reeds zou blijken, noch de bijhorende vergunningen bij de offerte te worden gevoegd. Uit het bestek kan dan ook niet worden afgeleid dat de milieuvergunningstoestand van de inschrijver of zijn onderaannemer met het oog op de voorgestelde uitvoeringswijze een onderdeel zou vormen van het regelmatigheidsonderzoek van de offertes.

10.4. Uit de beoordeling onder 10.3 volgt dat de aanbestedende overheid ook haar eigen besteksbepalingen niet geschonden heeft door bij de beoordeling van de regelmatigheid van de offertes niet te onderzoeken of de inschrijvers reeds beschikken over de voor de gekozen uitvoering van de opdracht vereiste milieuvergunningen. Het beschikken over de vereiste

milieuvergunningen kan niet worden beschouwd als een essentiële technische bepaling waaraan bij het indienen van de offerte voldaan moet zijn. Op grond van de documenten die volgens het bestek bij de offerte dienden te worden gevoegd, kon de aanbestedende overheid niet beoordelen welke precieze uitvoeringsmethode de inschrijver voorstelde en of hij hiervoor over de vereiste vergunningen zou beschikken. In die zin blijkt ook geenszins uit de bestreden beslissing dat de aanbestedende overheid uitdrukkelijk zou hebben geoordeeld dat de offerte van nv Aannemingsbedrijf Aertssen op datum van aanbesteding aan de vergunningsvereisten voldeed, zoals de verzoekende partij betoogt. Er is dan ook geen schending van het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel aangetoond, noch van artikel 110, § 2, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996.

10.5. Uit het gunningsverslag blijkt dat de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de offertes wel onderzocht heeft of de volgens het bestek vereiste verklaring was bijgevoegd dat de nodige afspraken werden gemaakt met de onderaannemers opdat de goede uitvoering van de opdracht gegarandeerd was. In de mate dat de verzoekende partij in haar middel aanvoert dat het van onzorgvuldigheid getuigt dat de aanbestedende overheid voortging op deze verklaring en niet onderzocht of de vereiste milieuvergunningen aanwezig waren, mag worden opgemerkt dat, zoals uit de beoordeling onder 10.3 voortvloeit, volgens het bestek enkel deze verklaring bij de offerte dient te worden gevoegd en niet de milieuvergunningen vereist voor de uitvoering van de opdracht, noch een uitvoeringsprogramma zodat de aanbestedende overheid dan ook niet in de mogelijkheid was om de milieuvergunningen te onderzoeken.

Voorts kan de verzoekende partij ook niet worden bijgevalen in haar stelling dat de aanbestedende overheid zich niet zou mogen vergenoegen met de loutere verklaring van de inschrijver dat hij de nodige afspraken heeft gemaakt met zijn onderaannemers, zonder dat daarbij een verklaring is gevoegd van de onderaannemer in de zin van artikel 19, 5°, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996. In het bestek wordt slechts de voorlegging van de verklaring van de inschrijver zelf, dat hij inderdaad de nodige afspraken heeft gemaakt met zijn onderaannemers, vereist. De voorlegging van een verbintenis van de onderaannemer zoals bedoeld in artikel 19, 5° van het voormelde

koninklijk besluit van 8 januari 1996, betreft in beginsel de fase van de selectie. De verzoekende partij toont niet aan dat de gekozen inschrijver zich met het oog op de selectie, voor wat zijn technische bekwaamheid betreft, in zijn offerte zou beroepen op de draagkracht van een andere entiteit. De verzoekende partij toont ook niet aan dat het beschikken over bepaalde milieuvergunningen in de opdrachtdocumenten zou zijn opgenomen als selectievereiste. Er valt dan ook niet in te zien waarom de aanbestedende overheid van de gekozen inschrijver had dienen te eisen dat hij een verbintenis van zijn onderaannemer zou voorleggen op grond van het voormelde artikel 19, 5°.

10.6. Ten aanzien van de aangevoerde schending van het gelijkheidsbeginsel mag worden vastgesteld dat uit het administratief dossier niet blijkt dat één van de ingediende offertes werd onderzocht op de aanwezigheid van bijgevoegde milieuvergunningen, trouwens ook de offerte van de verzoekende partij niet. Bij de offerte van de verzoekende partij werden trouwens evenmin de voor de uitvoering van de opdracht vereiste milieuvergunningen gevoegd, noch werd door de verzoekende partij een handelingsplan bij haar offerte gevoegd. De verzoekende partij brengt dan ook geen elementen aan waaruit zou blijken dat de offertes met een onderscheiden gestrengheid zouden zijn beoordeeld.

10.7. Gelet op het voorgaande is ook de grief dat in de gunningsbeslissing ten onrechte een motivering ontbreekt over de wijze waarop de gekozen inschrijver de verwerking van de specie zal doen en of hij hiervoor over de vereiste milieuvergunningen beschikt, niet gegrond.

10.8. Het middel is ongegrond. Bij de beoordeling van het middel is gebleken dat het niet noodzakelijk is dat de vertrouwelijkheid van het handelingsplan wordt gelicht.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

11.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 15 van de voornoemde wet van 24 december 1993, van artikel 110, § 4, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996, van het gelijkheidsbeginsel, van het mededingingsbeginsel en van het materiële motiveringsbeginsel.

“Doordat, de offerteprijs opgegeven door nv Aannemingsbedrijf Aertssen (weerhouden inschrijver in de bestreden gunningsbeslissing dd. 10 mei 2013) een prijs betreft die meer dan 15% (zelfs bijna 23%!) lager ligt dan de gemiddelde offerteprijs van de door de inschrijvers ingediende offerteprijzen waardoor de offerteprijs van nv Aannemingsbedrijf Aertssen met een abnormaal laag karakter is behept, en waardoor – met het oog op de beoordeling van de offertes – verwerende partij slechts op basis van een grondig en zorgvuldig onderzoek kan besluiten deze offerte niet als onregelmatig aan te merken;

En doordat, de bestreden gunningsbeslissing een motivering bevat die niet pertinent en draagkrachtig is en waaromtrent dient te worden vastgesteld dat verwerende partij er allerminst in slaagt concrete en objectieve factoren aan te dragen die de als abnormaal te beschouwen prijzen en totaalprijzen zouden kunnen rechtvaardigen;

En doordat, de Opdracht ingevolge de bestreden beslissing aldus niet aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte werd toegewezen;

Terwijl op basis van het materiële motiveringsbeginsel ter verantwoording van de vastgestelde abnormaal lage prijs pertinente en afdoende motieven dienen te worden opgegeven teneinde rechtmatig tot aanduiding van de laagste regelmatige offerte te kunnen komen;

En terwijl, een aanbestedende overheid, zoals verwerende partij, op grond van artikel 110, §4 van het K.B. van 8 januari 1996 een offerte – zoals *in casu* deze van nv Aannemingsbedrijf Aertssen – onregelmatig moet verklaren en moet weren uit de gunningsprocedure wegens een abnormaal lage prijs wanneer deze abnormaal lage prijs niet op basis van gegronde motieven alsnog als normaal kan worden beoordeeld;

En terwijl, verwerende partij op basis van artikel 15 van de Overheidsopdrachtenwet de Opdracht dient toe te wijzen aan de laagste regelmatige inschrijver (waardoor *in casu* verwerende partij de Opdracht niet kan toewijzen aan nv Aannemingsbedrijf Aertssen wiens offerte niet regelmatig is, maar de Opdracht aan verzoekende partij had dienen toe te wijzen, die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend);

En terwijl, verwerende partij op basis van het gelijkheidsbeginsel enkel vergelijkbare prijzen van inschrijvers kan meenemen in de beoordeling van de prijzen;

En terwijl, verwerende partij op basis van de eerlijke mededinging niet zonder meer kan kiezen welke inschrijvers zij meeneemt in de verdere gunningsprocedure, maar zij offertes die onregelmatig zijn, definitief dient uit te sluiten.”

11.2.1. In de toelichting bij het middel zet de verzoekende partij uiteen dat in de gunningsbeslissing werd vastgesteld dat de offerteprijs van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen meer dan 15%, namelijk bijna 23%, lager ligt dan de gemiddelde offerteprijs van de regelmatige inschrijvers. De verwerende partij diende aldus een prijsonderzoek uit te voeren. Het prijsonderzoek zoals weergegeven in de bestreden gunningsbeslissing en de verwijzing naar de aanvullende info die de nv Aannemingsbedrijf Aertssen na de sluiting van de opdracht heeft verstrekt, is echter niet de draagkrachtige en deugdelijke motivering die vereist is om het abnormaal lage prijsvoorstel van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen te rechtvaardigen en het prijsvoorstel als niet abnormaal laag te beschouwen.

11.2.2. In de eerste plaats merkt de verzoekende partij op dat aan de nv Aannemingsbedrijf Aertssen geen prijsverantwoording werd gevraagd. Zij besluit hieruit dat er geen prijsverantwoording voorhanden is en dat hieruit automatisch volgt dat de voormelde inschrijver aldus effectief een abnormaal laag prijsvoorstel heeft ingediend dat geweerd moest worden.

Tevens onderstreept zij dat het argument van de verwerende partij dat de opdracht tot op heden op grond van de prijzen uit de offerte kon worden uitgevoerd en dat er geen rechtsvorderingen werden ingesteld, geen rechtvaardiging mag vormen aangezien deze gegevens geen deel konden uitmaken van het onderzoek voorafgaand aan de bestreden beslissing.

11.2.3. De verzoekende partij bekritiseert vervolgens de motivering op grond waarvan de verwerende partij de totaalprijs van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen niet als abnormaal laag beschouwt. Zij onderscheidt hier vier motieven die geen van de vier deugdelijk zouden zijn om de totaalprijs als normaal te beschouwen.

11.2.3.1. Zij stelt dat de vaststelling dat de prijs van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen 26,2% boven de raming van de opdracht ligt, slechts als een objectief beoordelingscriterium mag worden aanvaard in het kader van de beoordeling van het abnormaal karakter van lage prijzen voor zover de raming als realistisch kan worden beoordeeld. Dit is te dezen volgens haar niet het geval. De totaalprijs van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen ligt meer dan 26% boven de ramingsprijs, de gemiddelde totaalprijs van de inschrijvingen ligt meer dan 41% boven de ramingsprijs en de hoogste offerteprijs bedraagt het dubbele van de raming. Aldus blijkt volgens de verzoekende partij dat de raming niet realistisch is.

11.2.3.2. Voorts meent zij dat de verwijzing in het gunningsverslag naar andere slibruimingsdossiers waarbij het laagste prijsvoorstel ook meer dan 15% van het gemiddelde zou afwijken, geen grond voor rechtvaardiging kan zijn voor het abnormaal laag karakter van het weerhouden prijsvoorstel. Het betreft een louter algemene vaststelling die in geen geval een concreet onderzoek van het prijsvoorstel van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen uitmaakt.

Zo wordt in het gunningsverslag onder meer verwezen naar een zogenaamd gelijkaardige overheidsopdracht Handzamevaart te Kortemark terwijl dit geen gelijkaardige opdracht betreft zodat de opgegeven prijzen hier niet relevant zijn en geen voldoende en nauwkeurig vergelijkingspunt kunnen bieden.

De verwerende partij zou zich ook, aldus de verzoekende partij, tegenspreken door, enerzijds, te stellen dat de slibruimingsdossiers waarnaar verwezen wordt vergelijkbaar zijn en, anderzijds, te stellen dat het gaat om vrij complexe opdrachten die aldus niet standaard zijn maar uniek.

De verzoekende partij meent ook dat de verwerende partij ten onrechte overweegt dat in de gemiddelde totaalprijs alle offertesommen inbegrepen zijn, met uitzondering van het bovenste kwart, wat ertoe zou leiden dat hoge prijsvoorstellen van inschrijvers die niet scherp kunnen of willen inschrijven het gemiddelde hoger zouden laten uitkomen. In overeenstemming met artikel 110, § 4, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 worden de hoogste prijsvoorstellen inderdaad niet in aanmerking genomen wat er

juist toe leidt dat het gemiddelde lager ligt. Het is de verzoekende partij dan ook niet duidelijk hoe deze overweging de regelmatigheid van de prijs rechtvaardigt.

11.2.3.3. Ten derde merkt de verzoekende partij op dat de verwerende partij ten onrechte in het algemeen verwijst naar de gangbaarheid van grote schommelingen in de post slibverwerking. Dit wijst geenszins op een concreet onderzoek van het abnormaal laag totale prijsvoorstel van de gekozen inschrijver.

Ten aanzien van het argument van nabijgelegen werven waar een grondtekort zou zijn en waar het slib kan worden hergebruikt, toont de verwerende partij niet aan dat dit te dezen voor de nv Aannemingsbedrijf Aertssen geldt. Bovendien is de specie uit de Bazeput verontreinigd zodat een rechtstreekse afvoer van de specie naar een hergebruiktoepassing niet mogelijk is. Er is ook een voorafgaande grondstofverklaring nodig voor het kunnen hergebruiken van gereinigde specie als bouwstof of bodem en de nv Aannemingsbedrijf Aertssen beschikt niet over dergelijke verklaring.

Ten aanzien van het argument van de eigen analyses die sommige aannemers uitvoeren tussen publicatie en aanbesteding om de verontreinigingsgraad te bepalen, die, als die graad beter is dan de waarde vermeld in het bestek, leidt tot lagere prijzen, toont de verwerende partij ook niet aan dat de nv Aannemingsbedrijf Aertssen hier dergelijke analyse zou hebben uitgevoerd of welke invloed dit zou hebben gehad op het prijsvoorstel.

Ten aanzien van het argument dat een verontreiniging net boven de normwaarde door sommige aannemers niet als een probleemverontreiniging wordt beoordeeld, toont de verwerende partij ook niet aan dat dergelijke omstandigheid te dezen voor de gekozen inschrijver aanwezig is. Bovendien, zo vervolgt de verzoekende partij, laat de toepasselijke VLAREMA-regelgeving niet toe dat een verontreiniging die net boven de normwaarde ligt, niet als een probleemverontreiniging wordt beoordeeld en is er hier ook geen sprake van een verontreiniging net boven de normwaarde maar een gemiddelde overschrijding van de norm met 85%.

11.2.3.4. Ten slotte, ten aanzien van het argument van de unieke en batige uitvoeringsmethode van sommige aannemers, toont de verwerende partij, zo besluit de verzoekende partij, ook niet aan dat dergelijke uitvoeringsmethode door de gekozen inschrijver zou worden voorgesteld in zijn offerte. Het gaat volgens de verzoekende partij dan ook om louter hypothetische uitspraken.

11.2.4. Vervolgens bekritiseert de verzoekende partij de motivering op grond waarvan de verwerende partij het abnormaal laag karakter van de eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver, enerzijds, voor de posten 2 en 3 en, anderzijds, voor de posten 4 en 5 rechtvaardigt.

11.2.4.1. Vooreerst merkt de verzoekende partij op dat de verwerende partij voor de posten 2 en 3 verwijst naar een bijlage 3 met een prijsvergelijking met 32 andere recent aanbestede dossiers. Deze bijlage wordt haar echter niet ter beschikking gesteld zodat zij in de onmogelijkheid wordt gesteld om te verifiëren of deze andere dossiers een gelijkaardig voorwerp hebben met voldoende nauwkeurige vergelijkingspunten met de opdracht. Voorts wordt slechts een vergelijking gemaakt met 13 van deze dossiers waarin gelijkaardige of lagere eenheidsprijzen zouden zijn geboden, terwijl over de 19 andere niets wordt gezegd. Hieruit leidt de verzoekende partij af dat hierin geen gelijkaardige prijsvoorstellen werden gedaan. In de opgegeven motivering wordt slechts in vage en algemene bewoordingen verwezen naar deze andere dossiers, zonder dat het gelijkaardig karakter wordt aangetoond. Er wordt ook niet aangegeven welke prijzen werden opgegeven in die aanbestedingen. Het is volgens haar ook opmerkelijk dat de raming waarbij de aanbestedende overheid zich ook heeft laten inspireren door gelijkaardige opdrachten, in geen geval representatief is of gelijkaardig aan de effectief opgegeven prijzen.

11.2.4.2. Ten aanzien van het argument van de verwerende partij dat de prijzen voor de posten 2 en 3 in het licht van de geraamde eenheidsprijs van 4 euro/m³ niet abnormaal zouden zijn, merkt de verzoekende partij op dat de raming te dezen niet als realistisch en zorgvuldig kan worden aangemerkt. Daarenboven zou de verwerende partij niet aangeven of de geraamde eenheidsprijs van 4 euro/m³ voor post 2, voor post 3 of voor beide posten wordt gehanteerd, noch wordt vermeld op welke wijze de door de

nv Aannemingsbedrijf Aertssen voorgestelde eenheidsprijzen van deze raming afwijken.

11.2.4.3. Voorts voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij verwijst naar het plan van aanpak waaruit blijkt dat de uitvoering verregaand wordt geoptimaliseerd wat in belangrijke mate de prijszetting van de posten 2 en 3 zou beïnvloeden. Er wordt echter geen nadere uitleg verschaft in de bestreden beslissing over de werkwijze en de wijze waarop deze optimalisatie de prijzen beïnvloedt. De verzoekende partij kan zulks dan ook niet verifiëren terwijl dit gegeven precies de rechtvaardiging is voor het concrete voorstel van de gekozen inschrijver van een prijsverschil van 23% met de gemiddelde inschrijvingsprijs. Zij wijst er ook op dat deze gemiddelde inschrijvingsprijs bovendien wordt gevormd door de prijzen van andere ervaren inschrijvers die ook een verregaande, geoptimaliseerde werkwijze voorstellen zoals de verzoekende partij. Er is dan ook geen rechtvaardiging voor het prijsverschil. Dit geldt eveneens voor de rechtvaardiging van de posten 4 en 5.

11.2.4.4. Ten aanzien van de prijs voor de posten 4 en 5 verwijst de verwerende partij ter rechtvaardiging naar andere gelijkaardige slibueringen met slibkwaliteit van dezelfde verontreinigingsgraad en herbruikmogelijkheden terwijl de verzoekende partij, zo merkt zij op, het gelijkaardige karakter niet kan verifiëren. Bovendien stelt de verwerende partij enerzijds dat er significante prijsschommelingen mogelijk zijn terwijl zij anderzijds dezelfde complexe dossiers gebruikt ter rechtvaardiging van de prijzen. Het is niet ondenkbaar dat een lage prijs voor opdracht X net omwille van een gelijklopende werf wordt verkregen terwijl *in casu* een gelijkaardige prijs wordt voorgesteld maar geen gelijklopende werf voorhanden is. De verwerende partij geeft ook aan 32 dossiers te hebben onderzocht, maar hanteert slechts de resultaten van 8 dossiers en zwijgt aldus over de 26 andere dossiers.

11.2.4.5. Ten aanzien van de prijzen voor de posten 4 en 5 spreekt verwerende partij zich volgens verzoekende partij ook tegen door te verwijzen naar het gelijkaardig karakter van de voorgestelde prijzen in andere dossiers maar daarentegen wel te wijzen op de grote variaties in eenheidsprijzen.

11.2.4.6. De verzoekende partij bekritiseert voorts dat ook voor de rechtvaardiging van de prijs voor de posten 4 en 5 wordt verwezen naar de raming terwijl deze niet realistisch is. De raming bedraagt 16 euro/m³ terwijl de verzoekende partij een prijs indiende van 25 euro/m³. De verwerende partij geeft ook niet aan hoeveel de prijs van de gekozen inschrijver afwijkt van de raming of wat het gemiddelde prijsvoorstel voor deze posten is.

11.2.4.7. Ook merkt de verzoekende partij nog op dat de verwerende partij voor de posten 4 en 5 naar de prijzen van een andere inschrijver verwijst, terwijl deze inschrijver geen abnormaal lage totaalprijs heeft geboden. De totaalprijs van inschrijver DC Industrial ligt immers substantieel boven de gemiddelde totale prijs zodat de prijzen van DC Industrial niet als vergelijkingsbasis kan dienen. Er valt niet in te zien hoe de verwijzing naar de prijzen van een andere inschrijver als een rechtvaardiging kan worden gezien.

11.2.4.8. Ten slotte stelt de verzoekende partij dat ook voor de prijzen van de posten 4 en 5 door de verwerende partij wordt verwezen naar het plan van aanpak waarvan de verzoekende partij geen kennis heeft en dat de verwerende partij slechts na de sluiting van de opdracht heeft ontvangen.

12. In haar memorie van wederantwoord wijst de verzoekende partij erop dat de verwerende partij op grond van de vastgestelde afwijking van bijna 23% in het prijsvoorstel van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen verplicht was een prijsonderzoek te voeren en daaromtrent niet over enige discretionaire beoordelingsbevoegdheid beschikte.

Voorts onderstreept zij dat het argument dat de opdracht tot op heden op grond van de prijzen uit de offerte van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen kon worden uitgevoerd en dat er geen rechtsvorderingen dienaangaande werden ingesteld, geenszins als een rechtvaardiging van de bestreden beslissing kan worden aangevoerd aangezien deze gegevens geen deel konden uitmaken van het onderzoek dat de verwerende partij voorafgaand aan het nemen van de gunningsbeslissing dient te voeren.

Voor zover de verwerende partij in haar memorie van antwoord verwijst naar de originele manier waarop de nv Aannemingsbedrijf Aertssen de uitvoering van de opdracht zou aanpakken, wijst de verzoekende partij erop dat de opdracht werd gegund via een aanbesteding waarbij de inschrijvers eenzelfde inhoudelijk voorstel moeten doen en uitsluitend in hun prijsvoorstel van elkaar kunnen verschillen.

13. In haar laatste memorie wijst de verzoekende partij wat de totale prijs betreft, er onder meer op dat de verwijzing naar vergelijkbare dossiers in de databank van de verwerende partij onvoldoende is omdat er een concrete beoordeling moet zijn van de kwestieuze opdracht. De vergelijking die de aanbestedende overheid maakt met de opdracht Handzamevaart gaat volgens haar al helemaal niet op omdat het geen gelijkaardige opdracht betreft; het is volgens de verzoekende partij niet aangetoond dat de gehele of gedeeltelijke voorafgaande drooglegging van de Bazeput vergelijkbaar is met het project Handzamevaart qua prijzen en timing aangezien de onderhavige opdracht moet worden afgewerkt binnen de 80 werkdagen terwijl bij het project van de Handzamevaart de natte specie vier maand kon drogen op de oever. Ook meent de verzoekende partij dat de redenen die de verwerende partij opsomt om de totale prijs van de gekozen inschrijver te aanvaarden te algemeen zijn geformuleerd en niet concreet op de zaak toegesneden.

Wat de eenheidsprijzen betreft, benadrukt de verzoekende partij onder meer dat de vergelijkbaarheid van de opdrachten waarop de verwerende partij zich beroept, niet is aangetoond. Voorts wijst zij erop dat de raming van de prijs voor posten 2, 3, 4 en 5 niet zonder meer als deugdelijk mag worden aanvaard.

Beoordeling

14. In de mate dat de verzoekende partij opmerkt dat de gekozen inschrijver in ieder geval een abnormaal laag prijsvoorstel deed omdat geen prijsverantwoording zou zijn gevraagd door de aanbestedende overheid, wordt deze grief verworpen omdat artikel 110, § 4, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 uitdrukkelijk bepaalt dat geen prijsverantwoording dient te

worden gevraagd wanneer de aanbestedende overheid in de beslissing om de opdracht te gunnen, de verwerping van het bezwaar tegen het schijnbaar abnormale bedrag van de offerte formeel motiveert.

15. Net zoals een aanbestedende overheid over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt bij de beoordeling van een gegeven prijsverantwoording, beschikt zij ook over dergelijke bevoegdheid bij het aannemen van motieven – zonder dat zij een prijsverantwoording vroeg – die verantwoorden dat er volgens haar geen sprake is van abnormale prijzen. De Raad van State mag zich, bij de beoordeling van die motieven, niet in de plaats stellen van de aanbestedende overheid maar desgevraagd slechts een beperkte toetsing uitvoeren van de motieven die de aanbestedende overheid aannam.

16. Wat de kritiek van de verzoekende partij op de motivering in de bestreden beslissing betreft, in de mate dat het gaat om de totaalprijs, wordt die niet aanvaard om de volgende redenen.

In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de aanbestedende overheid weliswaar bij de vaststellingen in de bestreden beslissing opmerkt dat de prijs van de gekozen inschrijver 26,2% boven de raming ligt, doch verbindt zij hieraan geen dragende conclusie. Ten onrechte bekritiseert de verzoekende partij dan ook op dit punt dat de raming van de totaalprijs niet realistisch is en de verwerende partij de raming als element bij haar beoordeling zou hebben betrokken.

Wat de verwijzing in de bestreden beslissing naar andere slibruimingsdossiers betreft bij de beoordeling van de totaalprijs, in het bijzonder deze uit de databank van de verwerende partij, gaat het om 33 opdrachten voor de werkjaren 2011 en 2012. Het gaat steeds om opdrachten met hetzelfde typebestek en er mag worden aanvaard dat het mag gelden als een vergelijkingsbasis bij het prijsonderzoek. Aan de hand van de vergelijking van de prijzen van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen met de prijzen opgenomen in de databank stelt de aanbestedende overheid in de eerste plaats vast dat de vastgestelde afwijking van 22% ten opzichte van het gemiddelde van de inschrijvingsprijzen niet ongevoel is. Zo verwijst zij onder meer naar 32 andere slibruimingsdossiers waar de laagst

geboden prijs eveneens in belangrijke mate onder de gemiddelde offerteprijzen lag. Uit de door de verwerende partij voorgelegde tabel blijkt dat in het overgrote deel van die opdrachten – de verwerende partij geeft aan dat het om 87% van de gevallen gaat, wat uit die tabel blijkt – de laagste inschrijver een prijs biedt die meer dan 15% lager ligt dan het gemiddelde van de inschrijvingsprijzen voor de respectieve opdrachten. Zij wijst erop dat de grote prijs spreiding te wijten is aan het feit dat de slibverwerking 85% van de totaalprijs uitmaakt. Bij deze slibverwerking zijn volgens de aanbestedende overheid grote prijs schommelingen gangbaar en zij verwijst daarvoor onder meer naar het feit dat de verontreinigingsgraad van het slib tijdens het slibverwerkingsprocédé kan veranderen precies onder invloed van het slibverwerkingsprocédé dat door de inschrijver wordt gekozen. Dit is tevens een gevolg van het feit dat slibuiming in de praktijk door de aannemers met veel creativiteit op technisch, analytisch en juridisch vlak wordt aangepakt. Er wordt innovatief en zeer gespecialiseerd maatwerk afgeleverd en aannemers die vanuit hun expertise in staat zijn om met een unieke en batige uitvoeringsmethode de opdracht uit te voeren, kunnen met lagere, schijnbaar abnormale prijzen ten opzichte van hun concurrenten inschrijven zonder dat de kwaliteitsvolle uitvoering van de opdracht in het gedrang komt. De aanbestedende overheid wijst er aldus op dat de grote verschillen tussen offertes vaak afhangen van factoren die niet noodzakelijk samenhangen met de specificiteit van de werf, maar wel eigen zijn aan de omstandigheden van de inschrijvers. In die zin meent de aanbestedende overheid dat de verschillende slibuimingsdossiers vergelijkbaar zijn, ongeacht de lokale omstandigheden van elke slibuiming.

In het licht van deze vaststelling van de aanbestedende overheid toont de verzoekende partij niet aan waarom de vergelijking die de aanbestedende overheid doorvoerde met de prijzen opgenomen in haar prijzendatabank, met 33 vrij recente dossiers inzake slibuiming, niet voldoende representatief zou zijn. Het gegeven dat niet bij elk van die dossiers de plaatselijke omstandigheden van de slibuiming volledige gelijkaardig zijn, doet daar bijgevolg niets van af, gelet op het aantal dossiers in de databank en gelet op het feit dat de aanbestedende overheid met voldoende redelijkheid aanvoert dat niet zozeer de plaatselijke omstandigheden van de te ruimen waterplas of

waterloop van belang zijn in de prijszetting, als wel de originele aanpak van de slibuiming door de inschrijvers.

De opmerking van de verwerende partij dat het bij slibopruiming om complexe dossiers gaat, heeft eerder betrekking op het ruimingsproces zelf en niet op het feit dat de vereisten van de opdrachten onderling zo verschillend zouden zijn dat ze onvergelijkbaar zijn.

Het feit dat verschillende inschrijvers ervaring zouden hebben met slibuiming, lijkt ook niet uit te sluiten dat zij toch verschillende werkwijzen voorstellen die hun effect hebben op de kostprijs en dus tot grote prijsverschillen leiden. Niets lijkt er aan in de weg te staan dat de aanbestedende overheid bij haar beoordeling ook de grote prijsverschillen in een sector betreft. Overigens is het prijsverschil tussen de gekozen inschrijver en de verzoekende partij veel kleiner dan dat tussen de gekozen inschrijver en de hoogsteieder.

De vaststelling in de bestreden beslissing dat tot op heden alle werken opgenomen in de databank werden uitgevoerd aan de gegunde prijzen zonder rechtsgedingen of voorstellen tot prijsaanpassing, mag als argument worden aanvaard dat de ernst van de gebruikte databank versterkt.

De verwerende partij overweegt dat er vaak innovatief en zeer gespecialiseerd maatwerk wordt geleverd in deze nichemarkt, wat leidt tot grote prijsverschillen. In dat licht mag worden aanvaard dat de aanbestedende overheid van oordeel was dat de gekozen inschrijver hier dergelijke aanpak heeft voorgesteld en aldus in staat was een bijzonder concurrentiële prijs te bieden. De verwerende partij heeft, zoals blijkt uit het vertrouwelijk deel van het administratief dossier, dit uitdrukkelijk en op een concrete manier bij haar beoordeling betrokken.

De verzoekende partij slaagt er ook niet in de casus van de Handzamevaart, waarop de verwerende partij zich beroept, als een onvergelijkbare en irrelevante opdracht af te doen. In de eerste plaats betwist de verzoekende partij hier niet dat een bepaalde uitvoeringsmethode – de methode voorgesteld voor de Handzamevaart en door de gekozen inschrijver voor de

Bazeput is gelijkaardig – waarbij het slib eerst ter plaatse wordt uitgedroogd waardoor het volume en het gewicht dalen, kan leiden tot een veel mindere prijs. Voorts is bij de hier voorgestelde methode ook voorzien in de algehele of gedeeltelijke voorafgaandelijke drooglegging van de put middels afdamming zodat de lengte van de oever van de Bazeput tegenover de oever van de vaart minder relevant is. Wat dan weer de termijn betreft waarbinnen de opdracht moet worden uitgevoerd, toont de verzoekende partij niet aan dat het verschil tussen 4 maanden voor de Handzamevaart en 80 werkdagen – dit is ongeveer 3 maand en 20 dagen – voor de Bazeput moet leiden tot een andere conclusie dan die van de verwerende partij.

Voorts maakt de verzoekende partij niet aanvaardbaar dat het bestek en de gunningswijze slechts één uitvoeringsmethode – zij laat na aan te geven welke dat dan wel zou moeten zijn – zouden toelaten. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert, werd in het bestek geen bepaalde uitvoeringsmethode opgelegd. In het bestek werd wel gedetailleerd beschreven welke prestaties dienen te worden geleverd met betrekking tot het uitgraven en verwijderen van het slib wat het te bereiken resultaat betreft, maar niet hoe dit dient te gebeuren.

Ten slotte weze hier herhaald dat de verzoekende partij de uitvoeringswijze van de gekozen inschrijver reeds in voldoende mate kon kennen, zoals onder randnummer 8.3 door de Raad aangenomen, doch nagelaten heeft deze in haar grieven te betrekken. Haar kritiek dat de verwerende partij in haar bestreden beslissing onvoldoende de uitvoeringsmethodiek uiteenzet, wordt dan ook niet aanvaard.

17. Wat de kritiek van de verzoekende partij op de motivering in de bestreden beslissing betreft in de mate het gaat om de eenheidsprijzen, wordt die kritiek niet aanvaard om de volgende redenen.

In de eerste plaats wordt verwezen naar wat de Raad hierover in het arrest nr. 224.156 van 27 juni 2013 oordeelde en dat hier uitdrukkelijk wordt bijgevalen:

“3. Vervolgens heeft verwerende partij een onderzoek uitgevoerd van de eenheidsprijzen van de substantiële posten. In de meetstaat werden immers 5 posten opgenomen. Post 1 betreft een vrij beperkte post met betrekking tot de voorbehouden som voor het uitvoeren van keuringen en tegenproeven en deze werd niet aan nader onderzoek onderworpen.

De posten 2 en 3 met betrekking tot de grondige machinale ruiming van de open waterlooptrajecten en posten 4 en 5 met betrekking tot het transport, ontwateren, verwerken, herbruiken en/of definitief afzetten van alle ruimingsproducten en ruimingsspecie werden daarentegen wel aan een nader onderzoek onderworpen.

Met betrekking tot de posten 2 en 3 vergelijkt verwerende partij in het gunningsverslag de raming voor deze posten (die telkens 4 euro/m³ bedraagt) met de prijzen ingediend door de gekozen inschrijver. Omwille van de vertrouwelijkheid wordt deze vergelijking onleesbaar gemaakt in het gunningsverslag zoals het werd meegedeeld aan verzoekende partij. Voorts verwijst zij naar 13 andere dossiers, die ze haalt uit een lijst van 32 dossiers welke zij vergelijkbaar acht, waaruit zij besluit dat de eenheidsprijzen die de gekozen inschrijver biedt voor de posten 2 en 3 niet abnormaal laag is omdat in deze dossiers vergelijkbare prijzen worden geboden door de laagste regelmatige inschrijver, dan wel prijzen die tot de helft lager liggen dan de door de nv Aannemingsbedrijf Aertssen geboden eenheidsprijzen. Deze tabel werd ten behoeve van de Raad van State als vertrouwelijk stuk neergelegd en de Raad kan al dus op het eerste gezicht vaststellen dat voor 13 ruimingsopdrachten lagere prijzen werden geboden voor de post machinale ruiming dan de door de gekozen inschrijver geboden eenheidsprijzen voor deze posten. In haar nota geeft verwerende partij aan dat hieruit blijkt dat het niet onmogelijk is om de gevraagde werken uit te voeren tegen de aangeboden prijzen, zodat hiermee het eventueel abnormale karakter van de eenheidsprijzen wordt weggenomen, ook al werden in andere vergelijkbare dossiers hogere prijzen aangeboden.

Daarnaast wordt ook uitdrukkelijk de concrete technische oplossing die door de nv Aannemingsbedrijf Aertssen wordt voorgesteld in het prijsonderzoek voor deze posten betrokken en wordt besloten dat de uitvoering in belangrijke mate wordt geoptimaliseerd wat zijn weerslag heeft onder meer op de posten 2 en 3. Een meer concrete weergave van dit onderzoek van het effect van de uitvoeringswijze op de posten 2 en 3 is opgenomen in de als vertrouwelijk neergelegde bijlage 4 bij het gunningsverslag.

Met betrekking tot de posten 4 en 5 vergelijkt verwerende partij in het gunningsverslag de raming voor deze posten (die telkens 16 euro/m³ bedraagt) met de prijzen ingediend door de gekozen inschrijver. Omwille van de vertrouwelijkheid wordt deze vergelijking onleesbaar gemaakt in het gunningsverslag zoals het werd meegedeeld aan verzoekende partij.

Voorts verwijst zij naar 8 andere dossiers, die ze haalt uit een lijst van 32 recent aanbestede dossiers waarvan zij er acht vergelijkbaar acht wat betreft de verontreinigingsgraad van het slib. Daaruit besluit zij dat de eenheidsprijzen die de gekozen inschrijver biedt voor de posten 4 en 5

niet abnormaal laag is omdat in deze dossiers vergelijkbare dan wel lagere prijzen worden geboden door de laagste regelmatige inschrijver dan de door de nv Aannemingsbedrijf Aertssen geboden eenheidsprijzen. Deze tabel werd ten behoeve van de Raad van State als vertrouwelijk stuk neergelegd en de Raad kan al dus op het eerste gezicht vaststellen dat voor 4 ruimingsopdrachten substantieel lagere prijzen werden geboden voor de post transport, ontwateren, verwerken, herbruiken en/of definitief afzetten van alle ruimingsproducten en ruimingsspecie dan de door de gekozen inschrijver geboden eenheidsprijzen voor deze posten en voor 4 dossiers licht hogere (variatie van + 0% tot + 11%). Hieruit besluit verwerende partij dat de eenheidsprijzen van de nv Aannemingsbedrijf Aertssen voor deze posten niet abnormaal laag zijn.

In haar nota wijst verwerende partij er nog op dat de door de nv Aannemingsbedrijf Aertssen geboden eenheidsprijzen voor deze posten minder dan 15% afwijken van het rekenkundig gemiddelde wat er ook op wijst dat ze niet prima facie als abnormaal dienen te worden aangemerkt.

Daarnaast wordt ook uitdrukkelijk de concrete technische oplossing die door de nv Aannemingsbedrijf Aertssen wordt voorgesteld in het prijsonderzoek voor deze posten betrokken en wordt besloten dat de uitvoering in belangrijke mate wordt geoptimaliseerd wat zijn weerslag heeft onder meer op de posten 4 en 5. Een meer concrete weergave van dit onderzoek van het effect van de uitvoeringswijze op de posten 4 en 5 is opgenomen in de als vertrouwelijk neergelegde bijlage 4 bij het gunningsverslag. Na lezing van de stukken die als vertrouwelijk werden neergelegd door verwerende partij, kan worden vastgesteld dat ook de invloed van het door de gekozen inschrijver aangeboden technische procédé op de verontreinigingskost van het slib concreet werd onderzocht. De concrete invloed werd echter niet weergegeven in het gunningsverslag, allicht om reden van vertrouwelijkheid en om derwijze het concurrentievoordeel van de gekozen inschrijver niet te schenden zoals wordt aangegeven in de nota van verwerende partij. Het feit dat een andere inschrijver die eveneens gespecialiseerd is nog een lagere prijs biedt voor deze posten, lijkt in dat opzicht en te dezen het besluit van verwerende partij te ondersteunen en doet zich voor als een overtollig motief.

In het licht van de overwegingen met betrekking tot het prijsonderzoek die te dezen in het gunningsverslag werden weergegeven en die luidens de bestreden beslissing volledig worden onderschreven, moet worden vastgesteld dat verzoekende partij niet met de vereiste prima facie ernst aantoonde dat verwerende partij de grenzen van een zorgvuldige beoordeling heeft overschreden door de door de gekozen inschrijver aangeboden totaalprijs en eenheidsprijzen niet als abnormaal te beschouwen en zonder vraag tot verantwoording te aanvaarden. Evenmin lijkt aangetoond dat verwerende partij er niet zou in geslaagd zijn met concrete en objectieve factoren te motiveren waarom de prijzen geboden door de gekozen inschrijver niet als abnormaal worden beschouwd.”

Voorts moet er aan worden herinnerd dat de verzoekende partij bij het indienen van haar annulatieverzoekschrift beschikte over de eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver voor de bewuste vier posten en over de door die inschrijver aan te wenden uitvoeringsmethodiek, namelijk de laguneringsmethode waarbij de specie zeer drastisch wordt gereduceerd wat zich vertaalt in lagere eenheidsprijzen daar waar in de meetstaat forfaitaire hoeveelheden worden vermeld. De verzoekende partij laat na deze methode in haar kritiek te betrekken.

Ook mag worden gewezen op het feit dat de eenheidsprijs van de verzoekende partij voor de posten 2 en 3 nauwelijks afwijkt van de raming.

Ten slotte merkt de Raad op dat het gegeven dat niet bij elk van de dossiers, die de verwerende partij in aanmerking heeft genomen uit haar databank, de plaatselijke omstandigheden van de slibruiming volledig gelijkaardig zijn, de verzoekende partij niet tot voordeel strekt, gelet op het aantal dossiers in de databank en gelet op het feit dat de aanbestedende overheid met voldoende overtuigingskracht aanvoert dat niet zozeer de plaatselijke omstandigheden van de te ruimen waterplas of waterloop van belang zijn in de prijszetting, als wel de originele aanpak van de slibruiming door de inschrijvers.

18. Het middel wordt verworpen.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

19. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993, van artikel 110, § 4, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, van het gelijkheidsbeginsel en van het materiële motiveringsbeginsel en betoogt:

“Doordat, verwerende partij in de bestreden gunningsbeslissing dd. 10 mei 2013 tot tweemaal toe verwijst naar het plan van aanpak van nv Aannemingsbedrijf Aertssen om het abnormale lage prijsvoorstel van deze inschrijver te rechtvaardigen en te weerhouden;

En doordat, voormeld plan van aanpak niet bij de offerte van nv Aannemingsbedrijf Aertssen werd gevoegd of in het kader van het prijsonderzoek werd opgevraagd, doch na de sluiting van de opdracht op grond van de – door de Raad geschorste – eerste gunningsbeslissing dd. 24 december 2012 door verwerende partij bij deze inschrijver werd opgevraagd (voor doeleinden van de uitvoering – en dus niet voor de gunning – van de Opdracht);

En doordat, door het in aanmerking nemen van voormeld plan van aanpak de offerte van nv Aannemingsbedrijf Aertssen, na de indiening ervan, werd aangevuld;

Terwijl, door de intrekking (waar verwerende partij van uit gaat hoewel dergelijke intrekkingbeslissing niet voorligt) van de eerste gunningsbeslissing dd. 24 december 2012 (die vanuit een administratiefrechtelijk en gunningstechnisch standpunt noodzakelijk is voorafgaand aan het nemen van de bestreden tweede gunningsbeslissing dd. 10 mei 2013) deze eerste gunningsbeslissing door verwerende partij wordt geacht nooit te hebben bestaan waardoor verwerende partij bij haar beoordeling van de ingediende offertes uitsluitend van de informatie die door de inschrijvers tijdens de gunningsprocedure werd overgemaakt, diende uit te gaan;

En terwijl, het in het kader van een openbare aanbestedingsprocedure niet is toegestaan dat een inschrijver zijn offerte kan verbeteren en aanvullen en verwerende partij op basis van artikel 15 van de Overheidsoopdrachtenwet de Opdracht dient toe te wijzen aan de laagste regelmatig[e] inschrijver rekening houdend met de ingediende offertes (zonder onrechtmatig bekomen aanvullende informatie);

En terwijl, verwerende partij de inschrijvers gelijk dient te behandelen en één inschrijver aldus niet kan toestaan om (op onrechtmatige) wijze zijn offerte aan te vullen.”

In haar toelichting voegt de verzoekende partij hier nog aan toe dat de verwerende partij in de bestreden gunningsbeslissing niet heeft gemotiveerd waarom zij dit plan van aanpak in aanmerking zou kunnen nemen voor het treffen van de tweede gunningsbeslissing en dat in elk geval niet wordt gemotiveerd dat het plan van aanpak in het kader van een prijsonderzoek zou zijn opgevraagd.

20. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat de verwerende partij de gevolgen van een intrekkingbeslissing volledig negeert. Ingevolge hiervan had de verwerende partij de offertes als uitgangspunt van haar prijsonderzoek moeten nemen en had zij bijkomende informatie aan de

nv Aannemingsbedrijf Aertssen kunnen opvragen in toepassing van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

21. In haar laatste memorie wijst de verzoekende partij nogmaals op haar stelling dat er met het handelingsplan geen rekening mocht worden gehouden, gelet op de intrekking van de eerdere gunning die rechtstreeks aanleiding heeft gegeven tot het overleggen van dit plan.

Beoordeling

22. De Raad verwijst naar wat hij hierover in het arrest nr. 224.156 van 27 juni 2013 overwoog en dat hier uitdrukkelijk wordt bijgevallen:

“10. In het gunningsverslag gevoegd bij de bestreden beslissing wordt ten aanzien van het prijsonderzoek gevoerd door verwerende partij onder meer overwogen:

‘Bijkomende beoordeling op basis van plan van aanpak Aertssen:

Uit de werkwijze die Aertssen voorschrijft in het plan van aanpak dat na sluiting van de opdracht door het Bestuur werd opgevraagd, blijkt dat Aertssen een werkwijze zal hanteren waarmee de uitvoering vergaand wordt geoptimaliseerd. Deze optimalisatie beïnvloedt in belangrijke mate de prijszetting van de posten 2 en 3. In de confidentiële nota in bijlage 4 wordt dit aspect verder behandeld’, en

‘Bijkomende beoordeling op basis van plan van aanpak Aertssen:

Uit de werkwijze die Aertssen voorschrijft in het plan van aanpak dat na sluiting van de opdracht door het Bestuur werd opgevraagd, blijkt dat Aertssen een werkwijze zal hanteren waarmee de uitvoering vergaande wordt geoptimaliseerd. Deze optimalisatie beïnvloedt in belangrijke mate de prijszetting van de posten 4 en 5. In de confidentiële nota in bijlage 4 wordt dit aspect verder behandeld’.

Het plan van aanpak, waarnaar in het gunningsverslag werd verwezen, is een document dat als dusdanig niet in het bestek voorzien lijkt. Het betreft op het eerste gezicht geen document dat deel dient uit te maken van de offerte opdat de offerte als regelmatig kon worden beoordeeld. Er lijkt aan de gekozen inschrijver aldus geen mogelijkheid geboden te zijn een eventueel onregelmatige offerte te regulariseren. De inhoud van het document lijkt op het eerste gezicht ook geen wijziging aan te brengen aan de inhoud van de offerte zoals ze werd ingediend. Op het eerste gezicht lijkt verzoekende partij dan ook niet te kunnen worden gevolgd waar zij stelt dat verwerende partij, door dit document in haar beoordeling te betrekken, aan de gekozen inschrijver de mogelijkheid heeft gegeven om zijn offerte nog aan te vullen of te verbeteren in strijd met artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Verzoekende partij herneemt artikel 111 van het

koninklijk besluit van 8 januari 1996 trouwens niet in de geschonden geachte bepalingen in de samenvatting van haar middel.

Daarenboven lijkt verzoekende partij niet te betwisten dat verwerende partij in het kader van het prijsonderzoek van de offertes de mogelijkheid heeft om een prijsverantwoording te vragen aan de betrokken inschrijver. Verzoekende partij lijkt ook niet te betwisten dat verwerende partij het voormelde handelingsplan had kunnen opvragen in het kader van een prijsverantwoording. Het handelingsplan lijkt onder meer toelichting te geven bij de doelmatigheid van het slibruimingsproces en bij de gekozen technische oplossingen, verantwoordingen waarmee de aanbestedende overheid op grond van artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 rekening lijkt te kunnen houden.

Verwerende partij diende deze informatie echter niet meer op te vragen aangezien zij deze reeds feitelijk in bezit had. Zoals verwerende partij aangeeft, leidt het feit dat de gunningsbeslissing van 24 december 2012 zou zijn ingetrokken, waardoor deze geacht moet worden niet te hebben bestaan en eventueel geen rechtsgevolgen te hebben gehad er niet toe dat verwerende partij moet handelen alsof zij niet in het bezit is van het handelingsplan. Het gegeven dat verwerende partij kennis heeft van het handelingsplan kan trouwens niet worden beschouwd als een rechtsgevolg van de eerdere gunningsbeslissing. Het lijkt eerder een feitelijk gevolg te zijn van een eerdere vraag tot mededeling van dat plan die inderdaad niet kaderde binnen de voorbereiding van de eerdere gunningsbeslissing maar van de daaropvolgende.

Verwerende partij lijkt voorts niet verplicht te zijn voor het uitvoeren van een prijsonderzoek op grond van artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 formeel informatie op te vragen waarover zij reeds beschikt.

Artikel 110, § 4, van voormeld koninklijk besluit bepaalt in zijn derde lid:

‘§ 4 [...]

Voor een offerte waarbij het eventueel abnormaal karakter van het bedrag dient nagezien te worden in de zin van deze paragraaf, moet de aanbestedende overheid:

1° ofwel in de beslissing om de opdracht toe te wijzen, de verwerping van het bezwaar tegen het schijnbaar abnormale bedrag van de offerte formeel motiveren;

2° ofwel de inschrijver verzoeken de nodige rechtvaardigingen, zoals voorzien in § 3, te bezorgen. Indien na onderzoek van deze rechtvaardigingen blijkt dat het bedrag van de offerte abnormaal is of bij gebrek aan rechtvaardigingen binnen de opgelegde termijn, moet de aanbestedende overheid, in afwijking van § 2, de offerte als onregelmatig beschouwen en bijgevolg als van rechtswege nietig’.

Uit artikel 110, § 4, 1°, volgt dat indien de aanbestedende overheid een offerte niet onregelmatig wenst te verklaren wegens abnormale prijzen, zij niet verplicht is een prijsverantwoording te vragen aan de betrokken inschrijver waarvan de totaalprijs meer dan 15% onder het gemiddelde van de inschrijvingsprijzen ligt, wanneer zij zelf over voldoende gegevens

beschikt om op grond van een prijsonderzoek het abnormale karakter van de prijs uit te sluiten.

In het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 8 januari 1996 wordt hieromtrent gesteld:

‘Overeenkomstig de rechtspraak van de Raad van State, wordt de aanbestedende overheid die niet de bedoeling heeft om een inschrijver opzij te zetten, er van vrijgesteld om aan deze laatste te vragen om zijn prijs te rechtvaardigen. Het kan bijvoorbeeld gebeuren dat de aanbestedende overheid over elementen beschikt die haar toelaten om een rechtvaardiging op te stellen volgens dewelke de ingediende prijs normaal is, ondanks het feit dat hij zich onder het gemiddelde bevindt van 15 pct. berekend volgens § 4. In een dergelijk geval zal de formaliteit dus niet moeten worden vervuld’.

De aanbestedende overheid lijkt aldus de elementen waarover zij beschikt, zoals te dezen het handelingsplan, te kunnen betrekken bij haar beoordeling van het al dan niet abnormaal karakter van de prijzen van de gekozen inschrijver.”

23. Ten overvloede wordt er nog op gewezen dat het handelingsplan werd ingediend op een ogenblik dat de problematiek van een uitvoeringswijze die bepalend is voor de prijszetting, nog niet aan de orde was. Ook kan het de verwerende partij niet worden verweten dat zij met dit stuk rekening heeft gehouden aangezien het stuk niet onmiddellijk kan worden verdacht van te zijn opgesteld in het kader van een prijzenproblematiek.

Aangezien het handelingsplan niet in het kader van een prijsonderzoek werd opgevraagd doch als feitelijk element in het bezit van de verwerende partij was, volstond het in de bestreden beslissing te vermelden dat dit stuk na de sluiting van de opdracht door het bestuur was opgevraagd.

24. Het middel wordt verworpen.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

25. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 15 en artikel 65/4 van de voormelde wet van 24 december 1993, van het zorgvuldigheids- en transparantiebeginsel en van de materiële motiveringsplicht:

“Doordat, verwerende partij na het nemen van haar eerste gunningsbeslissing dd. 24 december 2012 met betrekking tot de Opdracht en de schorsing van Uw Raad van deze eerste gunningsbeslissing (arrest van 14 maart 2013) overging tot het nemen van een tweede gunningsbeslissing op 10 mei 2013 zonder voorafgaand de eerste gunningsbeslissing in te trekken (dergelijke intrekking beslissing ligt immers niet voor);

En doordat, verwerende partij de tweede gunningsbeslissing dd. 10 mei 2013 aan de nv Aannemingsbedrijf Aertssen heeft betekend (en zo een overeenkomst heeft doen tot stand komen) zonder voorafgaand de eerdere totstandgekomen overeenkomst met deze aannemer (totstandgekomen door de betekening van de eerste gunningsbeslissing) te beëindigen.

Terwijl, een aanbestedende overheid, zoals *in casu* verwerende partij, op grond van artikel 15 van de Overheidsopdrachtenwet en artikel 65/4 van de Overheidsopdrachtenwet slechts op grond van één gunningsbeslissing tot aanduiding van de begunstigde aannemer kan overgaan;

En terwijl, een aanbestedende overheid, zoals verwerende partij, op basis van voormelde artikelen aldus een eerste – geschorste – gunningsbeslissing dient in te trekken vooraleer met betrekking tot dezelfde overheidsopdracht een tweede gunningsbeslissing kan worden genomen en betekend;

Zodat, de in het middel aangehaalde bepalingen en rechtsbeginselen zijn geschonden.”

In een toelichting bij het middel wijst de verzoekende partij erop dat door het gebrek aan intrekking van de gunningsbeslissing van 24 december 2012 er op heden twee gunningsbeslissingen bestaan. Dit strookt volgens haar niet met artikel 65/4 van de voormelde wet van 24 december 1993 op grond waarvan de aanbestedende overheid door het nemen van één gunningsbeslissing de opdracht gunt aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte. Dit geldt, zo vervolgt zij, des te meer nu er twee betekeningen voorliggen en er aldus twee maal tot contractsluiting werd overgegaan. Niettemin achtte de verwerende partij het niet nodig de eerste overeenkomst te beëindigen. Door de redenering van de verwerende partij dat de eerste overeenkomst kan blijven verder lopen op grond van een tweede gunningsbeslissing die dateert van na de aanvang van deze overeenkomst gaat zij de grenzen van een zorgvuldig handelen te buiten.

Beoordeling

26. De Raad neemt aan dat de gunningsbeslissing van 24 december 2012 impliciet doch zeker door de verwerende partij werd ingetrokken door de gunningsbeslissing van 10 mei 2013, de thans bestreden beslissing.

Het middel mist feitelijke grondslag in zoverre de verzoekende partij ervan uitgaat dat er twee gunningsbeslissingen tegelijkertijd zouden zijn.

De kritiek dat de verwerende partij de overeenkomst na de eerste gunningsbeslissing niet zou hebben beëindigd, tast hoe dan ook de wettigheid van de bestreden beslissing niet aan.

Het middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 januari 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest