

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 237.127 van 24 januari 2017
in de zaak A. 221.122/XII-8286**

In zake: de NV SHANKS BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Van Wesemael
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 235
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA INTERGEMEENTELIJKE MAATSCHAPPIJ
VOOR OPENBARE GEZONDHEID IN ZUID-WEST-
VLAANDEREN (IMOG)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ivan Lietaer
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Rooseveltplein 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV DEME ENVIRONMENTAL CONTRACTORS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Annelies Verlinden
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 januari 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit d.d. 20 december 2016 van IMOG waarbij de overheidsopdracht bij wege van open aanbesteding voor de verwerking van residu's uit de afvalverbrandingsoven van

IMOG voor perceel 1 (vliegassen elektrofilter) en perceel 2 (filterkoek) wordt gegund aan [de] nv Deme Environmental Contractors.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 12 januari 2017 heeft de nv Deme Environmental Contractors gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 januari 2017, om 14.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Benoit Forêt, die *loco* advocaat Philippe Van Wesemael verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Ivan Lietaer, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Annelies Verlinden en Matthias Stinissen, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht van diensten uit met als voorwerp “Verwerking van residu’s uit de afvalverbrandingsoven van IMOG Harelbeke”.

De opdracht is opgedeeld in vier percelen: perceel 1 “Vliegasse electrofilter”, perceel 2 “Filterkoek”, perceel 3 “Sorbaliet uit mouwenfilter” en perceel 4 “Aktief kool uit waterzuivering (na fysico-chemië)”. De totale geraamde waarde is 342.235,00 euro, btw niet inbegrepen of 414.104,35 euro, btw inbegrepen.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie.

De gunningswijze is de open aanbesteding en het bijzonder bestek 2016/20 is van toepassing.

De huidige betwisting betreft percelen 1 en 2. Het dossier bevat geen gegevens over de geraamde waarde van elk van de percelen.

3.2. De opdracht is tegen prijslijst. Voor de percelen 1 tot en met 3 zijn er twee verplichte opties, namelijk “transport door Imog” en “transport door aannemer”.

Artikel I.14 van het bestek bepaalt voorts onder meer:

“Opdracht opgedeeld in percelen

De aanbestedende overheid heeft het recht om slechts enkele percelen te gunnen en eventueel te besluiten om de andere percelen op te nemen in één of meer nieuwe opdrachten die desnoods op een andere wijze zullen geplaatst worden.

De inschrijver kan een offerte indienen voor één of voor meerdere percelen. De inschrijver kan zijn offerte aanvullen met prijskortingen die hij per perceel toestaat in geval van samenvoeging van bepaalde percelen waarvoor een offerte wordt ingediend.”

In artikel II.4 “Looptijd” is bepaald:

“Termijn in maanden: 12 maanden, in principe startend op 1 januari 2017 (voor elk perceel).”

3.3. De offertes worden geopend op 5 december 2016. De verzoekende partij en de tussenkommende partij dienen elk een offerte in, de verzoekende partij voor de 4 percelen en de tussenkommende partij voor de percelen 1 en 2.

3.4. In het verslag van nazicht van 14 december 2016 worden de beide inschrijvers geselecteerd en beide offertes kortweg “als regelmatig beschouwd omdat eventuele onregelmatigheden niet essentieel zijn”.

Bij de “Vergelijking van de offertes en voorstel tot gunning” is de volgende “rangschikking regelmatige offertes (gerangschikt volgens prijs incl. btw)” opgenomen:

“

Nr.	Naam	Prijs incl. btw
Perceel 1 (Vliegasse electro filter)		
1	DEME Environmental Contractors nv – imog transport	€ 263.086,14
2	DEME Environmental Contractors nv – eigen transport	€ 274.137,60
3	Shanks Belgium nv – imog transport	€ 353.907,00
4	Shanks Belgium nv – eigen transport	€ 385.070,40
Perceel 2 (Filterkoek)		
1	DEME Environmental Contractors nv – imog transport	€ 3.969,41
2	DEME Environmental Contractors nv – eigen transport	€ 4.363,26
3	Shanks Belgium nv – imog transport	€ 8.062,59
4	Shanks Belgium nv – eigen transport	€ 9.621,92
Perceel 3 (Sorbalië uit mouwenfilter)		
1	Shanks Belgium nv – imog transport	€ 8.056,57
2	Shanks Belgium nv – eigen transport	€ 10.004,28
Perceel 4 (Aktief kool uit waterzuivering (na fysico-chemie)		
1	Shanks Belgium nv	€ 6.996,22

”

3.5. Op 20 december 2016 beslist de verwerende partij het verslag van nazicht goed te keuren en de opdracht te gunnen aan de tussenkommende partij voor de percelen 1 en 2 en aan de verzoekende partij voor de percelen 3 en 4. Voor percelen 1, 2 en 3 wordt telkens optie 1 “Imog transport” aangewezen.

Dit is de bestreden beslissing wat percelen 1 en 2 betreft.

IV. Tussenkoms

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

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

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

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

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

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

6.1.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 21, § 1, en 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit Plaatsing), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van de materiële motiveringsplicht, het transparantie-, het gelijkheids-, het mededingings- en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de verwerende partij in de bestreden beslissing aangeeft dat alle offertes door het bestuur als regelmatig worden beschouwd omdat eventuele onregelmatigheden niet essentieel (zouden) zijn, En doordat uit de finale rangschikking van de regelmatig bevonden offertes blijkt dat het verschil tussen de prijzen van verzoekster en de gekozen inschrijver voor de percelen 1 en 2 bijzonder groot zijn - m.n. van 25 tot 30% voor perceel 1 en zelfs meer dan 50% voor perceel 2, en de prijzen van de gekozen inschrijver ogenschijnlijk zonder enige vorm van prijsverantwoording door de aanbestedende overheid worden aanvaard, Terwijl iedere aanbestedende overheid alle offertes van de inschrijvers moet onderwerpen aan een prijsonderzoek, ongeacht de gunnings-procedure, en tevens moet motiveren waarom zij van oordeel is dat de opgegeven prijzen al dan niet als normaal kunnen worden beschouwd.”

In haar toelichting betoogt de verzoekende partij in essentie dat wat de prijzen voor percelen 1 en 2 met de twee opties betreft de prijzen van de tussenkomende partij slechts 74,40% (perceel 1, IMOG transport), 71,19% (perceel 1, eigen transport), 49,23% (perceel 2, IMOG transport) en 45,35% (perceel 2, eigen transport) bedragen van haar prijzen; de prijsverschillen tussen de offertes zijn voor perceel 1 aldus tussen 25 à 30% en voor perceel 2 zelfs meer dan 50%.

Zij vervolgt dat voor een dergelijke technische en gespecialiseerde opdracht het volgens haar verdacht is dat de prijzen die twee inschrijvers opgeven op dergelijke manier van elkaar afwijken en dat van een zorgvuldige aanbestedende overheid geplaatst in dezelfde omstandigheden in een dergelijke situatie mag worden verwacht dat zij zich kritisch opstelt en een prijsonderzoek uitvoert overeenkomstig artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing. Dit is *in casu* niet gebeurd.

Ten slotte merkt zij op dat noch uit de bestreden gunningsbeslissing, noch uit het nazichtsverslag waarin enkel relevant wordt vermeld dat “alle offertes [...] door het bestuur als regelmatig [worden] beschouwd omdat eventuele onregelmatigheden niet essentieel zijn”, kan worden afgeleid of er al dan niet een prijsonderzoek is uitgevoerd en, zo er wel een dergelijk onderzoek was, hoe het onderzoek is verlopen en beoordeeld.

6.1.1.2. De verwerende partij merkt in haar nota in essentie op dat bij een aanbesteding de aanbestedende overheid verplicht is de opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver en dat wat een “abnormale prijs” is restrictief moet worden geïnterpreteerd. Zij betoogt voorts dat, spijts de openbare aanbesteding met Europese bekendmaking van deze opdracht, er slechts twee offertes werden ingediend voor de percelen 1 en 2, en dat door de openbaarheid en de Europese bekendmaking van de opdracht het belang van de verwerende partij om de beste prijs te verkrijgen het best werd beschermd, waarbij de concurrentie en het gelijkheidsbeginsel ten volle kon spelen, wat het doel is van een prijsonderzoek.

Zij laat ook gelden dat er slechts twee offertes werden ingediend, wat het voor de verwerende partij moeilijker maakte om vast te stellen of er een schijn van abnormaliteit was. Hierbij wijst zij erop dat er “[v]oor de verwerking van dergelijke afvalstoffen [...] geen standaardtarieven of in de markt gebruikelijke tarieven [bestaan], waarmee de verwerende partij kon, [laat] staan moest, vergeleken hebben”, en dat de verzoekende partij “dit ook niet aantoont”.

Ook was er volgens haar niets dat er op zou wijzen dat de goede uitvoering van de opdracht door de tussenkommende partij in het gedrang zou komen, wat overigens ook niet wordt beweerd door de verzoekende partij.

Er was dan ook volgens de verwerende partij geen aanleiding om hier te veronderstellen dat de door de tussenkomende partij voor de percelen 1 en 2 geboden lagere prijzen abnormaal zijn in verhouding tot de uit te voeren prestaties. Hierbij benadrukt zij nog dan deze beoordeling valt binnen de discretionaire bevoegdheid van de verwerende partij als opdrachtgevend bestuur.

Ten slotte betoogt zij nog dat de formele motivering beknopt mocht zijn en dat de loutere vaststelling dat het nazicht van de offertes is uitgemond in het besluit dat alle offertes regelmatig zijn in dat verband volstaat.

6.1.1.3. De tussenkomende partij repliceert uitgebreid. In essentie stelt zij het volgende voorop.

Op de eerste plaats acht zij het middel niet ontvankelijk in de mate dat het steunt op de schending van artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing aangezien er hier geen sprake is van onregelmatige prijzen, laat staan van substantieel onregelmatige prijzen, en dus evenmin van een substantieel onregelmatige offerte.

Voorts benadrukt zij de ruime discretionaire bevoegdheid van de verwerende partij om al dan niet een procedure op te starten waarbij op zoek wordt gegaan naar al dan niet abnormale prijzen en om het in het kader daarvan al dan niet om een prijsverantwoording te verzoeken. De verwerende partij diende derhalve enkel rekening te houden met artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing, in het kader waarvan zij diende na te gaan of de voorgestelde prijzen realistisch en marktconform zijn wat hier, zoals zij vaststelde, het geval is.

Om het realistisch en marktconform karakter van haar prijs voor de percelen 1 en 2 aan te tonen verwijst de tussenkomende partij naar volgens haar vergelijkbare overheidsopdrachten georganiseerd door de Intercommunale voor Slib en Vuilverwijdering Antwerpse Gemeenten (ISVAG) en door het Intergemeentelijk samenwerkingsverband voor Vuilverwijdering en -verwerking in Brugge en Ommeland (IVBO).

Ook moet volgens de tussenkomen de partij het prijsverschil ook enigszins worden genuanceerd omdat de verzoekende partij focust op de prijzen inclusief btw wat het prijsverschil groter laat lijken. Tevens wijst zij erop dat er slechts twee offertes werden ingediend, zodat het niet onverwacht, noch onlogisch is dat de prijzen van slechts twee inschrijvers enigszins van elkaar verschillen.

De tussenkomen de partij laat ook gelden dat gelet op de waarde van perceel 2 de verwerende partij dit perceel mocht hebben gegund via een aanvaarde factuur en dus zonder de organisatie van een transparante bevragingprocedure.

De verwerende partij mocht bijgevolg, zo concludeert de tussenkomen de partij, in het kader van het onderzoek van de voorgestelde prijzen, in overeenstemming met artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing, op zorgvuldige wijze vaststellen dat de prijzen van de tussenkomen de partij realistisch en marktconform waren en hoefde dan ook geen prijsverantwoording te vragen. Aangezien de verwerende partij in het kader van het prijsonderzoek vaststelde dat de prijzen van de tussenkomen de partij niet schijnbaar abnormaal waren, maar integendeel als marktconform en realistisch mochten worden beschouwd, was er volgens de tussenkomen de partij dan ook geen enkele verplichting om expliciet in het gunningsverslag te vermelden om welke redenen de prijzen van de tussenkomen de partij al dan niet als normaal mochten worden beschouwd.

Ten slotte stelt de tussenkomen de partij dat zij de indruk heeft dat de verzoekende partij lange tijd de markt monopoliseerde waardoor de prijzen niet correct waren.

Beoordeling

6.1.2.1. Overeenkomstig artikel 21, § 1, en artikel 95, §§ 1 en 3, van het koninklijk besluit Plaatsing onderwerpt de aanbestedende overheid de offertes aan een prijsonderzoek en gaat zij de materiële regelmatigheid ervan na.

De aanbestedende overheid beschikt hier bij het al dan niet opstarten van de procedure van blijkbaar abnormale prijzen over een ruime

discretionaire bevoegdheid. De Raad van State mag zich in de uitoefening van zijn wettigheidscontrole niet in de plaats van die overheid stellen, doch mag desgevraagd wel nagaan onder meer of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven. Indien de overheid de offerte niet afwijst omwille van abnormale prijzen, is een bevraging van de inschrijver volgens artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing niet vereist. Er is wel een plicht voor een aanbestedende overheid, die met naleving van het zorgvuldigheidsbeginsel wil handelen, om de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van de regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat.

6.1.2.2. Alhoewel een aanbestedende overheid niet specifiek haar beslissing lijkt te moeten motiveren wanneer zij een voorgestelde prijs niet abnormaal acht, lijkt dit niet te beletten dat alsdan in beginsel uit het administratief dossier moet blijken dat de aanbestedende overheid concreet een onderzoek van de prijzen heeft verricht.

Dergelijk onderzoek lijkt hier volledig te ontbreken niettegenstaande de prijzen van de gekozen inschrijver 30% tot 50% lager zijn dan de prijzen van de verzoekende partij en dat de totale door de verwerende partij geraamde waarde van de opdracht, waarvan perceel 1 het absolute leeuwendeel uitmaakt, zelfs merkkelijk hoger uitvalt dan wat de verzoekende partij heeft geboden.

6.1.2.3. De repliek van de verwerende partij en de tussenkomenende partij overtuigt niet.

Het feit dat het om een aanbesteding gaat, ontslaat de verwerende partij niet van haar plicht de regelmatigheid van de offertes na te gaan.

Dat, gelet op het feit dat er slechts twee offertes zijn, het voor de verwerende partij moeilijker is een schijn van eventuele abnormaliteit van de prijzen vast te stellen, lijkt niet tot de vaststelling te leiden, gelet op de zeer aanzienlijke prijsverschillen, btw al dan niet inbegrepen, dat er dan maar geen zorgvuldig prijsonderzoek diende te gebeuren.

Ook het verweer dat er in deze nichemarkt geen gebruikelijke tarieven zijn, verantwoordt niet dat er geen onderzoek is temeer omdat de verwerende partij blijkbaar wel in staat was de opdracht te ramen. Zelfs in haar nota gaat de verwerende partij niet op haar eigen raming in.

Wat de twee opdrachten uitgeschreven door ISVAG en IVBO betreft, blijkt helemaal niet dat deze in het beslissingsproces van de verwerende partij een rol speelden. Overigens laat de tussenkomen de partij na bewijskrachtige stukken bij te brengen zoals bestekken en nazichtsverslagen. Er kan met die opdrachten hier dan ook geen rekening worden gehouden.

Het feit dat perceel 2 had mogen worden gegund op grond van een aanvaarde factuur, is hier irrelevant aangezien de gunningswijze van de open aanbesteding is gevolgd.

De indruk van de tussenkomen de partij dat de verzoekende partij deze nichemarkt monopoliseerde en dat nog maar recent andere spelers, waaronder de tussenkomen de partij, op de markt zijn gekomen, waardoor de prijzen nu zouden zakken naar correcte prijzen, is als indruk uiteraard onvoldoende om een daadwerkelijk verweer uit te maken.

Ten slotte lijkt de opmerking in het nazichtsverslag dat “eventuele onregelmatigheden niet essentieel zijn” in de huidige context niet meer dan een niet gedragen overweging.

6.1.2.4. Het middel is ernstig minstens in de mate dat de verwerende partij wordt verweten op een onzorgvuldige manier toepassing te hebben gemaakt van artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

6.2.1. De verzoekende partij voert de schending aan van het zorgvuldigheidsbeginsel en het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij betoogt:

“Doordat de verwerende partij in de bestreden beslissing perceel 1 gunt aan een inschrijver die niet over de noodzakelijke milieuvergunning beschikt voor de immobilisatie van vliegassen,
Terwijl iedere aanbestedende overheid een gunningsbeslissing zorgvuldig dient voor te bereiden en moet verifiëren of de geselecteerde inschrijver over de nodige milieuvergunning beschikt om de gegunde opdracht correct én tijdig uit te voeren.”

In haar toelichting laat zij in essentie gelden dat de tussenkomen partij niet over een milieuvergunning beschikt voor de verwerking van vliegasse – perceel 1 – en dat de verwerende partij aldus de opdracht van perceel 1 gegund heeft aan een inschrijver die onmogelijk de opdracht kan aanvangen per 1 januari 2017. Als zorgvuldige aanbestedende overheid had de verwerende partij de milieuvergunning moeten opvragen vooraleer over te gaan tot de gunning.

Beoordeling

6.2.2. Het middel is niet ernstig alleen reeds omdat het bestek niet uitdrukkelijk lijkt te vereisen dat de inschrijvers beschikken over de voor de verwerking nodige milieuvergunning. In het bestek wordt vermeld dat de looptijd “in principe” start op 1 januari 2017 zodat deze datum, zo lijkt, niet de enige aanvangdatum is. In de huidige stand van het geding lijkt het beschikken over de vereiste vergunning – de verzoekende partij heeft overigens ook haar eigen vergunning niet bij haar offerte gevoegd – dan ook geen geldigheidsvoorwaarde van de gunningsbeslissing, maar de uitvoering van de opdracht te betreffen.

Bovendien mag hier ook worden opgemerkt dat de verzoekende partij de selectie van de tussenkomen de partij niet in vraag stelt waarbij nochtans voor de beoordeling van de technische bekwaamheid referenties inzake vergelijkbare opdrachten diende te worden in acht genomen.

Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

7. Het eerste middel is ernstig gebleken en verantwoordt dat de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

De kosten worden in beraad gehouden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Deme Environmental Contractors tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 20 december 2016 van de cvba Intergemeentelijke Maatschappij voor Openbare Gezondheid in Zuid-West-Vlaanderen waarbij de opdracht “Verwerking van residu’s uit de afvalverbrandingsoven van IMOG Harelbeke”, percelen 1 en 2, wordt gegund aan de nv Deme Environmental Contractors.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 24 januari 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra