

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 240.574 van 25 januari 2018
in de zaak A. 224.073/XII-8481**

In zake: de NV ABO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Hilde De Smet
kantoor houdend te 9051 Gent-Sint-Denijs-Westrem
Maaltecenter Blok G
Derbystraat 261
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV VLAAMSE WATERWEG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marc Van Raemdonck en Johan Geerts
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 166
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV MAV A AES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Flamey
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 december 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de gunningsbeslissing van de Vlaamse Waterweg nv d.d. 12 december 2017 voor het bestek nummer AAO-D-MHO-17-43, ‘Raamovereenkomst voor het uitvoeren van

milieuhygiënisch onderzoek in het kader van Vlarebo en Vlarema en dienstverlening in het kader van Vlarem.

Eveneens wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid en de nietigverklaring gevorderd van de impliciete beslissing tot niet gunning van de opdracht aan ABO NV”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 8 januari 2018 heeft de nv Mava Aes gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 16 januari 2018, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Hilde De Smet, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Marc Van Raemdonck en Johan Geerts, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Peter Flamey en Evi Mees, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor diensten met als voorwerp een “raamovereenkomst voor het uitvoeren van

milieuhygiënisch onderzoek in het kader van VLAREBO en VLAREMA en dienstverlening in het kader van VLAREM”.

Op de opdracht is het bestek AAO-D-MHO-17-43 van toepassing.

De opdracht wordt geplaatst met een open offerteaanvraag en op 27 juni 2017 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.2. De offertes worden geopend op 21 augustus 2017.

Er worden vijf offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en de nv Mava Aes.

3.3. Bij het prijsonderzoek stelt de verwerende partij vast dat het totale offertebedrag van de verzoekende partij ruimschoots de drempel overschrijdt van 15 % – bijna 30 % – bedoeld in artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit Plaatsing). Tevens worden aanzienlijke afwijkingen vastgesteld voor tal van eenheidsprijzen in de offerte van de verzoekende partij ten opzichte van de geraamde eenheidsprijs en de gemiddelde eenheidsprijs per post.

3.4. De verwerende partij vraagt bij brief van 31 augustus 2017 een prijsverantwoording aan de verzoekende partij op grond van artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing, voor de totaalprijs en voor 61 abnormaal lage posten en 15 abnormaal hoge posten.

De verzoekende partij bezorgt op 14 september 2017 een prijsverantwoording.

3.5. De verwerende partij vraagt op 20 september 2017 een bijkomende prijsverantwoording op grond van artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing.

De verzoekende partij bezorgt deze op 29 september 2017.

3.6. In het gunningsverslag concludeert de verwerende partij over het prijsonderzoek van de offerte van de verzoekende partij dat haar prijsverantwoording zowel door ATO als door de verwerende partij negatief werd geëvalueerd en dat haar offerte bijgevolg op prijstechnisch vlak abnormaal is en dus inhoudelijk substantieel onregelmatig en dat deze dient te worden geweerd.

De vier regelmatige offertes worden beoordeeld in het licht van de gunningscriteria.

3.7. Op grond van deze beoordeling wordt de opdracht gegund aan de nv Mava Aes voor een bedrag van 785.720,01 euro, btw niet inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing.

Een uittreksel van de gunningsbeslissing met betrekking tot het prijsonderzoek wordt aan verzoekende partij betekend op 13 december 2017.

IV. Tussenkost

4. De nv Mava Aes blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

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

5.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de
‡CFBSNCBDA-BDCFABV‡

motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies' 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 het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van het gelijkheidsbeginsel en van artikel 10 en 11 van de Grondwet, van de “transparantiebeginselen”, van de artikelen 78 en 80 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: wet van 15 juni 2006), van de artikelen 11, 95 en 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing, van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het zuinigheidsbeginsel, het fairplaybeginsel en de materiële motiveringsplicht van overheidsbeslissingen, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen’ (hierna: de formelemotiveringswet) en van de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: de wet van 17 juni 2013).

De verzoekende partij ziet niet in waarom haar prijsverantwoording niet wordt aanvaard. Zij betoogt dat integendeel haar prijsverantwoording correct is gebeurd, bevattelijk is en dat de vergunningverlenende overheid hieruit kon opmaken dat de prijs verantwoord is en niet als onregelmatig kon worden beschouwd.

De verzoekende partij meent in de eerste plaats dat de prijsbeoordeling zoals uitgevoerd door de vergunningverlenende overheid en de ATO niet gemotiveerd is. Zo is er geen vergelijking gemaakt met de prijsraming in het bestek die volgens haar uitgaat van de concrete ervaring van de overheden. De beoordeling van de prijsverantwoording wordt dan ook, niet geconfronteerd met een objectieve meer algemene raming van de prijzen. Zij wijst erop dat er in deze sector grote prijsverschillen bestaan en dat dergelijke prijsverschillen dus niet noodzakelijk verdacht zijn. Een vergelijking met de andere inschrijvers voor deze opdracht op zich geeft dan ook slechts een partieel zicht op de betrokken markt.

De verzoekende partij argumenteert voorts dat de beoordeling door de vergunningverlenende overheid en ATO van de prijsverantwoording niet redelijk en naar recht werd onderbouwd. Bij tal van prijsonderdelen heeft de verzoekende partij er immers op gewezen dat zij een efficiëntie en doelmatigheid kan bereiken die vrij uniek is in de sector. Zij heeft een opgebouwde ervaring in eerdere, gelijkaardige opdrachten van de scheepvaart en andere watergebonden entiteiten. Zij wijst er bovendien op dat zij twee kantoren heeft die gelegen zijn in het gebied van de verwerende partij wat uiteraard de efficiëntie bevordert.

De verzoekende partij verwijst tenslotte naar de randnummers 7 tot 22 van het feitenrelaas in haar verzoekschrift, waarin zij haar kritiek geeft op het prijzenonderzoek van haar offerte in het gunningsverslag.

Beoordeling

6.2. In zoverre de verzoekende partij onder meer de schending aanvoert van de artikelen 78 en 80 van de wet van 15 juni 2006, dient te worden vastgesteld dat deze artikelen respectievelijk overgangs-, inwerkingtredings- en machtigingsbepalingen inhouden. De Raad van State ziet op het eerste gezicht niet

‡CFBSNCBDA-BDCFABV‡

in hoe de voormelde bepalingen te dezen geschonden zouden zijn. De verzoekende partij geeft in de toelichting bij het middel ook geen verduidelijking. Wat de voormelde wet van 15 juni 2006 betreft, licht zij enkel artikel 24 toe, dat echter betrekking heeft op de aanbesteding, terwijl het in de huidige zaak gaat om een open offerteaanvraag. Bijgevolg kan de schending van dat artikel niet dienstig worden aangevoerd.

6.3. Artikel 11 van het koninklijk besluit Plaatsing, waarvan eveneens de schending wordt aangevoerd, bepaalt:

“Wanneer in percelen wordt voorzien, bepalen de opdrachtdocumenten de aard en het voorwerp, de verdeling en de kenmerken ervan.
De gunningswijze kan verschillen per perceel.
[...]”

Artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing, waarvan tevens de schending wordt aangevoerd, bepaalt:

“§ 1. De aanbestedende overheid gaat de regelmatigheid na van de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen. Ze onderzoekt de regelmatigheid, zowel op formeel als op materieel vlak.

§ 2. Op formeel vlak is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de vormvoorschriften van de artikelen 6, § 1, 51, § 2, 52, 54, § 2, 55, 80, 81, 82, 90 en 91 en van de opdrachtdocumenten, in de mate dat de vormvoorschriften van die artikelen of die documenten essentieel zijn.

Als een offerte daarentegen afwijkt van de overige vormvoorschriften van de in het eerste lid vermelde artikelen of van de opdrachtdocumenten, is ze aangetast door een niet-substantiële onregelmatigheid.

§ 3. Op materieel vlak is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de bepalingen van dit besluit of van de opdrachtdocumenten betreffende met name de prijzen, termijnen en technische specificaties, in de mate dat die bepalingen essentieel zijn, of in geval van een abnormale prijs als bedoeld in de artikelen 21 en 99.

Als een offerte daarentegen niet in overeenstemming is met de andere bepalingen van dit besluit, meer bepaald met hoofdstuk 1, afdelingen 7 tot 11, en met hoofdstuk 6, afdelingen 2 tot 4, of van de opdrachtdocumenten, of nog enig voorbehoud inhoudt of elementen bevat die niet met de werkelijkheid overeenstemmen, is ze aangetast door een niet-substantiële onregelmatigheid.

§ 4. Een substantieel onregelmatige offerte is nietig.

In geval van een niet-substantiële onregelmatigheid kan de aanbestedende overheid de offerte nietig verklaren. Als de aanbestedende overheid een

offerte niet nietig verklaart, dan wordt deze offerte geacht regelmatig te zijn.
[...]”.

Artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing, dat ook geschonden wordt geacht, bepaalt:

“Als er bij een opdracht voor werken gegund bij aanbesteding minstens vier offertes door geselecteerde inschrijvers werden ingediend, wordt elke offerte waarvan het totale offertebedrag minstens vijftien percent ligt onder het gemiddelde bedrag van de door deze inschrijvers ingediende offertes, regelmatig of niet, beschouwd als een offerte waarvan het vermoedelijk abnormale totale offertebedrag noopt tot een onderzoek door de aanbestedende overheid.

Het gemiddelde bedrag wordt als volgt berekend :

1° indien het aantal offertes gelijk is aan of groter is dan zeven, door zowel de laagste offerte uit te sluiten als de hoogste offertes die samen een vierde van het aantal ingediende offertes vormen. Indien dit aantal niet deelbaar is door vier, wordt het vierde naar de hogere eenheid afgerond;

2° indien het aantal offertes lager ligt dan zeven, door de laagste en de hoogste offerte uit te sluiten.

In geval van een offerte waarvan het totale offertebedrag noopt tot een onderzoek, zal de aanbestedende overheid :

1° ofwel in de gunningsbeslissing motiveren dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont;

2° ofwel de inschrijver verzoeken de nodige verantwoording, zoals bepaald in artikel 21, § 3, tweede tot vierde lid, te bezorgen. Indien na onderzoek van deze verantwoording blijkt dat het totale offertebedrag effectief abnormaal is of bij gebrek aan verantwoording binnen de opgelegde termijn, is de offerte onregelmatig.

De opdrachtdocumenten kunnen deze paragraaf toepasselijk maken bij offerteaanvraag en bij opdrachten voor leveringen of diensten”.

6.4. Wat de aangevoerde schending van het hiervoor geciteerde artikel 11 van het koninklijk besluit Plaatsing betreft, ziet de Raad van State niet in hoe deze bepaling te dezen relevant is. In de voorliggende opdracht is immers geen sprake van percelen.

Het eveneens geschonden geacht artikel 99, § 2, wordt door het bestek op de opdracht van toepassing verklaard, maar in de toelichting bij het middel wordt enkel artikel 21, § 3, besproken. Dit artikel bepaalt:

“Behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten is deze paragraaf niet toepasselijk op de onderhandelingsprocedure.

Als de aanbestedende overheid bij het prijsonderzoek vaststelt dat in een offerte een prijs wordt geboden die abnormaal laag of abnormaal hoog lijkt in verhouding tot de uit te voeren prestaties en alvorens die offerte om die reden te weren, verzoekt ze de inschrijver in kwestie per aangetekende brief om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de prijs in kwestie te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt.

De inschrijver draagt de bewijslast van de verzending van de verantwoording.

De verantwoording houdt met name verband met:

1° de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;

2° de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten;

3° de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;

4° de naleving van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de prestaties worden uitgevoerd;

5° de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver.

De aanbestedende overheid onderzoekt de ontvangen verantwoording en herbevecht indien nodig de inschrijver.

[...]”.

De conclusie is dat de schending van artikel 99, § 2, niet is aangetoond.

6.5. Uit de toelichting in het verzoekschrift blijkt dat de verzoekende partij ook de motiveringsplicht inzake de onregelmatigheid van een offerte wegens abnormale prijzen geschonden acht. Dit blijkt ook uit de aangevoerde schending van de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013.

Overeenkomstig artikel 4, 8°, van de wet van 17 juni 2013 stelt de aanbestedende overheid een gemotiveerde beslissing op “wanneer ze een opdracht gunt, ongeacht de procedure”. Luidens artikel 5, 8°, van dezelfde wet bevat de in artikel 4 bedoelde gemotiveerde beslissing, naargelang de procedure en het soort beslissing, “de namen van de inschrijvers van wie de offerte onregelmatig

is bevonden en de juridische en feitelijke motieven voor hun wering. Deze motieven hebben met name betrekking op het abnormale karakter van de prijzen en, in voorkomend geval, op het bevinden van de niet gelijkwaardigheid van de voorgestelde oplossingen aan de technische specificaties of het niet voldoen aan de vastgestelde prestatie-eisen of functionele eisen”.

De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsverplichting die de verzoekende partij ook afleidt uit de formelemotiveringswet, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

6.6. De te dezen relevante formele motivering is opgenomen onder punt 6.2.3 ‘Prijsonderzoek’ van het gunningsverslag, gevoegd bij de bestreden beslissing tot het weren van de offerte van de verzoekende partij, waarin wordt uiteengezet waarom de verwerende partij de door de verzoekende partij gegeven prijsverantwoording niet aanvaardt. De enkele omstandigheid dat de verzoekende partij een ander standpunt heeft en zich niet kan vinden in de gegeven formele motivering, maakt die daarom niet onwettig. Minstens toont de verzoekende partij niet aan dat zij op grond van die motivering de beslissing niet in rechte kon betwisten, hetgeen zij trouwens doet, zodat minstens voldaan lijkt aan de *ratio legis* van de formelemotiveringsplicht.

6.7. Het geschonden geacht zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De materiële motiveringsplicht houdt in dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking mogen worden genomen.

6.8. In randnummer 7 van haar verzoekschrift bekritiseert de verzoekende partij in de eerste plaats het feit dat zij, nadat zij bij brief van 14 september 2017 een prijsverantwoording had gegeven, waarin zij zelf aangaf
‡CFBSNCBDA-BDCFABV‡

dat bij verdere vragen het bestuur niet diende te aarzelen contact op te nemen, werd verzocht een nadere toelichting te geven over de prijsopbouw van de eenheidsprijzen, waarop zij bij brief van 29 september 2017 is ingegaan. Zij betwist meer bepaald dat zij in haar initiële prijsverantwoording geen “grondige motivatie” van de prijzen voor de verschillende posten zou hebben opgenomen en meent dat deze wel degelijk “naar prijsopbouw werd onderbouwd”. De verzoekende partij maakt haar belang bij de grief niet aannemelijk, nu zij in de mogelijkheid werd gesteld haar prijsverantwoording alsnog nader uit te werken, wat zij ook daadwerkelijk heeft gedaan. De verwerende partij kan tevens worden bijgevallen waar zij stelt dat het getuigt van zorgvuldigheid dat zij aan de verzoekende partij nog een kans heeft geboden om haar prijsverantwoording meer concreet en cijfermatig te onderbouwen.

6.9. In de motivering van het prijsonderzoek in het gunningsverslag merken ATO en de verwerende partij het volgende op met betrekking tot de prijsverantwoording van de verzoekende partij voor het totaal offertebedrag.

“ABO voert als verantwoording de argumenten: expertise, vertrouwddheid met de te verrichten taken, ervaring, omvang van de onderneming aan. Deze argumenten kaderen echter in de kwalitatieve selectie van de inschrijvers en hebben geen (rechtstreeks) verband met de calculatie van de prijzen.

Bovendien moet gezegd dat inschrijvers zich zelden op deze manier kunnen onderscheiden van elkaar gelet op de eisen die in de opdrachtdocumenten aan inschrijvers gesteld worden inzake referenties, financiële draagkracht en technische knowhow.

ABO voert tevens aan dat een doorgedreven automatisatie en standaardisatie is doorgevoerd op het vlak van rapportage, veldwerk, werfbegeleiding, de verwerking van resultaten e.a. Hoewel deze elementen eventueel kunnen resulteren in lage(re) prijzen (dan de concurrentie), moet vastgesteld worden dat ABO op geen enkele manier de impact van deze automatisatie en standaardisatie kwantificeert.

ABO stelt in de prijsverantwoording dat het merendeel van de taken, waaruit deze raamovereenkomst bestaat, zal uitgevoerd kunnen worden door ondernemingen uit dezelfde groep als waartoe ABO behoort. Ook dit element kan potentieel een zeker concurrentieel voordeel opleveren, maar ABO laat na dit op een of andere manier verder te concretiseren.

ABO beweert verder dat de prijzen een ‘gemiddeld rendement’ (winst?) bevatten van 10%. Een dergelijk winstpercentage is courant gangbaar en houdt niet onmiddellijk een verklaring in van de aanzienlijke negatieve

afwijking à ratio van ca. -30% die er bestaat tussen het bedrag van de offerte van ABO en de overige bedragen van de ontvangen offertes.”

6.10. De verzoekende partij formuleert ten opzichte van die motivering de volgende kritieken:

“deze opgegeven argumenten (expertise, ervaring, vertrouwdheid met de taken,...) bepalen uiteraard net wel de prijszetting. Het betreft immers een raamcontract waarbij de exacte omvang en complexiteit van de deelopdrachten op voorhand niet gekend is, en dient dus voor de prijszetting uitgegaan te worden van een gemiddelde opdracht. Zo kan bijvoorbeeld een oriënterend bodemonderzoek (een van de mogelijke opdrachten uit het raamcontract) de ene keer gaan over een klein terrein met maar één onderzoeksplichtige activiteit zoals een stookolietank, en de volgende keer over een omvangrijke site met tientallen activiteiten (vb. terrein en opslagplaatsen technisch dienst). Net door de jarenlange ervaring en expertise met deze opdracht kan een correcte inschatting gebeuren van een gemiddeld onderzoek, en kan dus ook een correcte prijsbepaling gebeuren.

[...]

in de opgegeven prijsverantwoording werden voor de verschillende type-opdrachten een uitgewerkt rekenvoorbeeld gegeven. Er werd dus wel degelijk een concrete en gekwantificeerde argumentatie uitgewerkt. In de rekenvoorbeelden werd op onderbouwde wijze aangetoond dat, dankzij onder meer ook de doorgevoerde automatisatie en standaardisatie, de opgegeven eenheidsprijzen kunnen gehandhaafd worden. Ook hierbij wordt opgemerkt dat het een raamovereenkomst betreft zonder vooraf gekende omvang en complexiteit van de opdrachten, en er dus steeds werd uitgegaan van een gemiddelde opdracht.

[...]

Verzoekster merkt op dat er bij dit type aanbestedingen (bodem- en milieuonderzoeken in Vlaanderen) vaak een grote marge zit op de inschrijvingsprijzen, met zeer grote verschillen tussen de verschillende inschrijvers (zie voorbeelden in bijlage). In functie van de deelnemers aan de aanbesteding kan zo al dan niet een groot prijsverschil bekomen worden. Volgende voorbeelden kunnen aangehaald worden (zie bijlage):

[...]

Uit bovenstaande blijkt dat er grote prijsverschillen in de sector zijn, prijsverschillen van 30% en meer zijn dus duidelijk geen uitzondering. Het lijkt er ook op dat voor de aanbesteding van De Vlaamse Waterweg, naast ABO, enkel firma's hebben deelgenomen die bij gelijkaardige aanbestedingen steeds een hogere prijszetting hanteren. ABO lijkt dus vergeleken te worden met bureaus die hogere prijzen hanteren, die niet conform zijn voor de markt, zoals hierboven aangetoond. De vraag is dan ook of dat de aanbestedende overheid vooraf een prijsraming had opgemaakt, en of de opgegeven prijs van ABO afwijkt ten opzichte van deze prijsraming (in plaats van de afwijking t.o.v. de andere inschrijvers).

‡CFBSNCBDA-BDCFABV‡

Zoals ook al aangetoond in de prijsverantwoordingen liggen de prijzen voor studie- en veldwerk (diensten die binnen ABO-Group worden uitgevoerd) in dezelfde lijn van de prijzen uit het vorige contract. Zoals hoger aangegeven werd voor dit raamcontract een mooi rendement bekomen, hetgeen aantoonde dat de opgegeven eenheidsprijzen wel marktconform zijn.

Er wordt ook verwezen naar het arrest van de Raad van State (nr. 255.103 van 15 oktober 2013), waarin aangegeven wordt dat er veeleer grote prijsverschillen in deze sector zijn en dat dergelijke prijsverschillen dus niet noodzakelijk verdacht moeten worden bevonden.”

6.11. Een prijsverantwoording die slechts algemeenheden lijkt te bevatten, en die door een inschrijver op generlei wijze *in concreto* wordt toegelicht, gestaafd of becijferd, mag niet zonder meer als afdoende worden aanvaard. Een aanvaarding van een dergelijke prijsverantwoording zou immers een handelwijze uitmaken, die niet kan worden aangenomen van een zorgvuldig handelende aanbestedende overheid.

Zoals uit de hiervoor geciteerde motivering in het gunningsverslag blijkt wordt aan de verzoekende partij verweten dat zij “op geen enkele manier de impact van de [door haar aangevoerde doorgedreven] automatisatie en standaardisatie kwantificeert”. De verzoekende partij werpt hiertegen op dat in de prijsverantwoording wel degelijk een gekwantificeerde argumentatie – aan de hand van rekenvoorbeelden – werd uitgewerkt. Die rekenvoorbeelden lijken echter op het eerste gezicht niet aan te geven hoe en in welke mate de “doorgedreven automatisatie en standaardisatie” tot de voorgestelde kostenbesparing leidt.

6.12. In het arrest nr. 225.103 – en niet nr. 255.103, zoals de verzoekende partij aangeeft – van 15 oktober 2013, waarnaar zij verwijst, stelde de Raad van State vast dat er veeleer grote prijsverschillen in de betrokken sector voorkomen, waardoor prijzen die erg variëren, niet noodzakelijk verdacht moeten worden bevonden. In dat arrest wordt onder meer overwogen dat “Ook in het licht van de aard van de opdracht en op grond van haar ervaring met dit soort opdrachten, en in het bijzonder ook de eerdere prijzen en werkzaamheden van de gekozen inschrijver, en haar raming, [...] zich aan verwerende partij aldus prima facie geen reden [lijkt] te hebben opgedrongen om te moeten twijfelen aan het normaal karakter van die voorgestelde prijzen”.

In de huidige zaak twijfelt de verwerende partij wél aan de voorgestelde prijzen, waardoor enige vergelijking met die zaak en – op het eerste gezicht – de voorbeelden van gunningen, die worden voorgelegd, niet lijkt op te gaan. Een inschrijver die een verzoek tot prijsverantwoording ontvangt, moet weten dat dit een ernstige aangelegenheid is en hij dient zich ervan bewust te zijn dat hij zijn prijzen concreet en onderbouwd dient te verantwoorden aangezien hij het risico loopt dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard. Deze prijsverantwoording dient te kunnen worden betrokken op een of meerdere objectieve verklarende factoren, zoals degene die bijvoorbeeld worden opgesomd in artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing. Vanuit die optiek lijkt de verantwoording dat de verzoekende partij “een gemiddeld rendement van 10%” behaalt en dat, aldus het verzoekschrift, de “prijzen voor studie- en veldwerk [...] in dezelfde lijn van de prijzen uit het vorige contract” liggen, niet te volstaan om rekenschap te geven voor het totale offertebedrag voor de huidige opdracht, zeker niet in het licht van het bijkomende betoog in het verzoekschrift dat de verzoekende partij “lijkt [...] vergeleken te worden met bureaus die hogere prijzen hanteren, die niet conform zijn voor de markt”. De verzoekende partij maakt deze bewering dat de overige inschrijvers geen marktconforme prijzen aanbieden – die trouwens in tegenspraak lijkt met haar eerdere bewering dat grote prijsverschillen (in min of plus) mogelijk zijn in de betrokken sector - helemaal niet aannemelijk. De totaalprijzen van de vier regelmatig bevonden inschrijvers liggen overigens wel zeer dicht bij elkaar. Er blijken dus enkel grote prijsverschillen te bestaan tussen de offerte van de verzoekende partij en de offertes van de overige inschrijvers, niet tussen de offertes van alle inschrijvers.

Hierbij komt nog dat het betoog dat geen vergelijking is gemaakt met de prijsraming, feitelijke grondslag mist; in het administratief dossier is een prijsanalyse voorhanden waarin de prijzen tevens naast de raming worden gelegd. In het document “AnalyseDerPrijzen ABO_28-08-2017_17-19-57” worden de totaalprijs én de eenheidsprijzen van de nv ABO wel degelijk vergeleken ten opzichte van de raming. Artikel 99, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing – dat van toepassing werd verklaard in het bestek – verplicht overigens een dergelijke vergelijking voor de totaalprijzen.

6.13. In het gunningsverslag worden voorts, met betrekking tot de door de verzoekende partij geleverde prijsverantwoording voor de opgegeven eenheidsprijzen, de volgende bedenkingen geformuleerd:

“De tarieven die ABO hanteert voor de inzet van arbeidskrachten zijn erg laag en niet marktconform.

Dit wordt bijvoorbeeld geïllustreerd door het tarief voor de inzet van een projectleider. ABO hanteert hier een verkoopprijs van 60 euro per uur.

Op basis van historische data in de prijzendatabank van MEDIAAN van ATO vindt men courant gangbare tarieven van 80 tot 115 euro per uur.

Op basis van barema's voor uurbezoldigingen volgens het KVIV kan de prijs voor een projectleider zelfs geraamd worden op 124 tot 214 euro per uur.

De in bijlage aan de prijsverantwoording toegevoegde 'loonfiches' dragen weinig bij tot de staving van de door ABO gehanteerde tarieven:

De documenten, afkomstig van Partena, dragen de titel 'loonsimulatie': het is onduidelijk of dit daadwerkelijk loonbrieven zijn van personeelsleden die potentieel zouden ingezet kunnen worden in het kader van de uitvoering van de raamovereenkomst.

Er wordt geen melding gemaakt van de effectieve beroepskwalificaties van de betrokkenen waarvoor de loonfiches of –simulaties zouden opgemaakt zijn.

Op de jobpagina van ABO-Group wordt bij de verschillende vacatures systematisch melding gemaakt van een 'aantrekkelijk loonpakket': in de loonfiches wordt daarentegen vastgesteld dat de lijntotalen voor onder meer groeps- en hospitalisatieverzekering beide nul bedragen.

ATO en De Vlaamse Waterweg merken tevens op dat ABO ervoor opteert om de algemene kosten aan te rekenen onder de vorm van een toeslag, uitgedrukt in euro per uur, op de uren die door het eigen personeel worden gepresteerd. Hoewel deze methode (voor het gros van de opdrachtnemers van diensten- en werkenopdrachten van het departement en de agentschappen van het beleidsdomein Mobiliteit en Openbare Werken) volgens ATO ongewoon is, is deze op zich niet verkeerd.

Doch het aantal uren dat ABO per jaar en per werknemer hanteert is echter te hoog (2.000 uren volgens ABO versus een absoluut maximum van 1.700 tot 1.800 uren). De door ABO opgegeven werktijd van 2000 werkuren per jaar omgerekend naar een 40 uren-week komt overeen met 50 werkweken. ABO houdt dus blijkbaar geen rekening (of toch zeker onvoldoende) met verlofperiodes.

Wettelijk gezien mag een medewerker slechts 220 dagen werken, en maximum 8uur per dag; dit geeft dan in totaal slechts 1760 werkuren per jaar.

De Vlaamse Waterweg corrigeerde de toeslagen voor algemene kosten aan de hand van de wettelijke werktijd. Rekening houdend met de door ABO opgegeven indirecte kosten van respectievelijk 26000 euro en 16000 euro per jaar, geeft dit respectievelijk een indirecte gecorrigeerde kost van 14,78 euro/uur voor intellectuele diensten, in plaats van de door ABO opgegeven

13 euro/uur en van 9,09 euro/uur voor veldwerkpersoneel, in plaats van de door ABO opgegeven 8 euro/uur en zijn de loonkosten (zonder marge) ook hoger dan door ABO opgegeven.

Daarnaast is het gebruik van deze methode met het oog op een correcte en afdoende verrekening van de algemene kosten volgens ATO niet accuraat ingeval er geregeld gebruik wordt gemaakt van onderaannemers, zoals ABO in het kader van deze opdracht beweert te zullen doen in verband met de uitvoering van onder meer analyses.

ABO maakt melding van bedragen van 16.000 en 26.000 euro aan indirecte kosten per jaar en per werknemer voor respectievelijk intellectuele dienstverlening en veldwerk.

Deze bedragen worden op geen enkele wijze onderbouwd.

Bovendien is het hanteren van verschillende bedragen – in functie van de activiteiten van het desbetreffende personeel – weinig logisch gezien de aard van de algemene kosten (afschrijving/huur, onderhoud, inrichting, verwarming, ... hoofdkantoor en eventuele bijkantoren en depots, lonen en sociale lasten voor management en centraal opererende diensten zoals juridische dienst, aankoop, human resources, boekhouding en ICT, financiële kosten e.a.).

Tevens is het niet duidelijk hoe de marges op de loonkosten berekend worden: dit zijn geen vaste % of vaste bedragen. Bij de loonkost van een projectleider telt men bij de som van uurtarief en indirecte kost een marge van 3,28 euro of 5,8%; bij de loonkost van een milieukundig begeleider telt men een marge van 4,50 euro of 9,9% en bij de loonkost van een veldwerker telt men een marge van 2 euro of 6,1%. Daarnaast wordt er bij een aantal veldwerkopdrachten bij de som van loonkosten, materiaalkosten, management- en onderhoudskosten nog een extra winstmarge van verschillende bedragen en verschillende % waardoor de transparantie van de kostprijsberekening verloren gaat.

Tenslotte merkt De Vlaamse Waterweg op dat ABO niet overal dezelfde loonkosten voor dezelfde functies hanteert. Met name bij de posten 56 en 57: Uurtarieven junior/senior medewerker voorbereidend onderzoek voor opmaak sloopopvolgingsplan, geeft men voor het uurtarief van de senior medewerker (wat overeenkomt met een projectleider) 65 euro per uur terwijl bij alle andere intellectuele diensten men voor dezelfde functie rekent met een uurtarief van 60 euro.

Conclusie: De door ABO opgegeven uurlonen (inclusief algemene kosten en marge) voor een projectleider, respectievelijk milieukundig begeleider en veldwerker, zijn niet marktconform en niet transparant.

Gelet op de aard van de te verrichten taken in het kader van deze raamovereenkomst zijn de (vele) verplaatsingen naar de verschillende locaties waar de dienstverlening (deels) moet verricht worden een belangrijk element, dat volgens ATO ABO systematisch lijkt te onderschatten.

Dit kan bijvoorbeeld geïllustreerd worden aan de hand van de gemiddelde verplaatsingstijd, à rato van 30 minuten, die ABO rekent met betrekking tot de intellectuele dienstverlening.

Uit mobiliteitsstudies is volgens ATO gebleken dat in Vlaanderen de verplaatsingssnelheid meestal varieert tussen gemiddeld ca. 50 km per uur (voor verplaatsingen korter dan 7 km) tot ca. 70 km per uur (voor verplaatsingen verder dan 40 km); uit de door ABO gehanteerde gemiddelde verplaatsingstijd volgt dat de afstand tussen één van de vestigingen van ABO-Group en de locaties van de dienstverlening gemiddeld maximum 25 tot 35 km, heen-en-terug, mag bedragen. Het is duidelijk dat dit, gelet op de locaties van de vestigingen van ABO enerzijds en het werkterrein, geen realistische aanname is.

De Vlaamse Waterweg merkt op dat ABO in zijn prijsverantwoording immers aangeeft dat, rekening houdend met het werkingsgebied van de Vlaamse Waterweg, de gemiddelde verplaatsing vanuit de verschillende kantoren van ABO 70 km heen-en-terug bedraagt.

Conclusie: Een reeks door ABO gehanteerde rendementen en tijdsnormen zijn nauwelijks of niet haalbaar.

ATO geeft aan dat ABO de opgegeven kosten voor de inzet van materieel niet heeft onderbouwd: het in te zetten materieel wordt niet adequaat beschreven en essentiële elementen in de berekeningen van de tarieven (zoals het aankoopbedrag, afschrijftermijn en de gebruiksduur) worden niet gedocumenteerd of verduidelijkt. Bovendien wordt er geen melding gemaakt van kosten voor o.a. reparatie, eventuele heffingen of belastingen en verzekering.

Conclusie: Gezien de materiaalkost bij een groot aantal posten wordt gebruikt in de prijsverantwoording, is om voormelde redenen het zeer moeilijk om de berekende materiaalkosten te verifiëren en goed te keuren. ABO stelt dat de prijzen voor de analyses in het kader van deze raamovereenkomst gebaseerd zijn op een offerte van Eurofins.

In dit verband moet ATO het volgende opmerken:

De offerte dateert van 29.09.2017, t.t.z. meer dan één maand na de opening van de offertes en op dezelfde datum als deze van de tweede prijsverantwoording van ABO. Hierdoor ontstaan er fundamentele twijfels over het feit of de desbetreffende offerte wel de basis was voor het vormen van de prijzen voor de analyses van deze overheidsopdracht.

De offerte van Eurofins kan op zich nauwelijks gelden als een afdoende prijsverantwoording: de door Eurofins geboden eenheidsprijzen worden enkel gedetailleerd door de vermelding van subtotalen voor de items 'personeelskost', 'consumables', 'afschrijving apparatuur + overige kosten' en/of 'handelingkost/transport', zonder meer. Dit is onvoldoende om te kunnen gelden als een adequate prijsverantwoording.

Bij het bepalen van de eenheidsprijzen voor de analyses rekende ABO een rendement van gemiddeld 5 à 10%. De Vlaamse Waterweg stelt vast dat in de offerte van Eurofins dat de in rekening gebrachte algemene kosten en winst (op basis van de verhouding tussen de vermelde bedragen voor 'Aangeboden prijs' en de vermelde kostprijs) significant schommelt.

Doch De Vlaamse Waterweg rekende de winstmarges na en dit gaf volgende % rendementen:

[...]

Hieruit blijkt dat de winstmarges op de analyses variëren van 4,7 tot 25,5%! Het grote verschil in winstmarges wordt nergens uitgelegd of verantwoord. De posten met winstmarges boven de 20% zijn de posten waarvoor abnormaal hoge eenheidsprijzen werden vastgesteld, in vergelijking met de andere inschrijvers. Deze abnormaal hoge winstmarges worden op deze manier niet verantwoord, waardoor deze eenheidsprijzen niet aanvaard kunnen worden.

Conclusie: De combinatie van voormelde onregelmatigheden ondermijnt de geloofwaardigheid van de offerte van ABO.

Doorheen de hele verantwoording van de eenheidsprijzen kunnen ATO en De Vlaamse Waterweg vaststellen dat ABO erg uiteenlopende winstpercentages beweert aan te rekenen.

Met betrekking tot de intellectuele diensten en het veldwerk, die met eigen bedrijfsmiddelen zouden uitgevoerd worden, laat ABO allerlei winstpercentages optekenen die variëren van ca. 2 tot bijna 20%. Zoals hierboven reeds aangegeven, schommelt de winst die wordt aangerekend op de prijzen voor de analyses, die in onderaanneming zouden verricht worden, eveneens fors met percentages tussen 4,7 en 25,5%.

Het is niet aannemelijk dat dit bij het calculeren van de prijzen effectief het geval was: men kan met andere woorden twijfelen aan de mate waarin de prijsverantwoording daadwerkelijk een getrouwe weergave is van de voorcalculatie. Bovendien stelt het KB Plaatsing duidelijk dat een dergelijke praktijk onwettig is ('[...] alsmede de winst worden, in verhouding tot hun belangrijkheid, verdeeld over de onderscheiden posten').

Conclusie: deze winstpercentages stemmen niet overeen met de bewering van ABO in §1 van de prijsverantwoording dd. 29.09.2017 waarin gewag wordt gemaakt van een winst van om en bij 10%."

6.14. De verzoekende partij formuleert ten opzichte van die motivering de volgende kritieken:

"de tarieven zijn wel marktconform voor de sector, een vergelijking met andere ingenieursdiensten uit andere sectoren is niet correct. De bodemsector is een niche apart. De prijzen uit de databank van ATO lijken inderdaad zeer historisch te zijn. Uit aanbestedingen van OVAM (eveneens Vlaamse overheid, en gelet op de aard van haar bevoegdheden in het bijzonder vertrouwd met de markt), blijkt dat een tarief van 50 euro/uur aanvaard wordt: Om de kwaliteit van de milieukundige begeleiding te vrijwaren legt de OVAM een minimum eenheidsprijs op van 400 euro/dag waarbij gerekend wordt aan een minimum uurtarief van 50 euro/uur (zie bijlage, 'Uitvoeren BSP, begeleiding saneringswerken en veiligheidscoördinatie, R0170801', p. 38)). Dit geeft aan dat een tarief van 50 euro per uur algemeen gehanteerd wordt in de sector, en dat de opgegeven tarieven van ABO wel marktconform zijn.
[...]

in de prijsverantwoording werd volgende aangegeven: ter onderbouwing worden twee loonfiches toegevoegd van medewerkers die vaak zullen ingezet worden voor opdrachten in het kader van de raamovereenkomst. Tevens werd op de fiche wel handgeschreven vermeld welke functie hoorde bij welke loonfiche. Bijkomend worden in bijlage de loonfiches weergegeven (stuk 18). De fiche staven dus wel degelijk de opgegeven uurtarieven.

[...]

De opgegeven kosten per uur zijn wel degelijk correct, het is dit tarief per uur dat werd afgeleid uit de jaarrekening. Door een kleine rekenfout werd er echter gewerkt met 2.000 uren, dit werd dan gebruikt voor de berekening van de algemene indirecte kost per persoon, om hiervan een grootteorde te kunnen meegeven, maar het is weldegelijk het uurtarief dat eerst bepaald werd. Dit tarief is dus wel correct. Voor een aantal milieukundige begeleiders blijkt trouwens dat zij, rekening houdend met overuren, wel degelijk meer dan 2.000 uren per jaar presteren. Als stuk 18 wordt de jaarrekening 2016 van ABO NV toegevoegd. De indirecte kosten (posten 61, 63 en 64 uit de resultatenrekening) verdeeld over het aantal effectief gepresteerde uren bedraagt wel degelijk 13 euro per uur.

[...]

de onderaannemers waarop zij beroep doet voor de analyses onderhevig zijn aan een strenge prijsdaling.

[...]

zoals hoger aangegeven zijn de uurtarieven wel correct en afkomstig van de jaarrekening. Dat er een verschil is tussen intellectuele dienstverlening en veldwerk komt omdat deze diensten binnen de ABO-Group ook door twee verschillende bedrijven worden uitgevoerd (respectievelijk ABO en Geosonda), met dus ook een verschillende kostenstructuur.

[...]

als marktleider in de sector kent verzoekster de marktprijzen zeer goed en zal zij de winstmarges ook afstemmen per deeltaak om zo overall een marktconforme prijs te kunnen aanbieden. Verder verschillen de marges ook omdat bij de calculatie gebruik gemaakt wordt van afrondingen. Een verschil in winstmarges lijkt ons niet te zorgen voor minder transparantie, maar leidt wel tot correctere prijzen.

[...]

sloopopvolgingsplannen worden opgemaakt door een persoon met een specifieke ervaring en opleiding. Hier staat dan ook een hogere loonkost en dus een hoger uurtarief tegenover. Dit hoger uurtarief bewijst juist dat verzoekster bij haar calculatie wel degelijk steeds rekening gehouden heeft met de gevraagde beroepskwalificaties, en dus correcte en marktconforme prijzen heeft opgegeven.

[...]

verzoekster heeft met kantoren in Aartselaar en Hasselt, zeker in vergelijking met andere inschrijvers, een unieke positie ten opzichte van het werkingsgebied van NV De Vlaamse Waterweg. Zij hanteert inderdaad een gemiddelde verplaatsing van 70 km, veel opdrachten zijn immers eerder in de omgeving van Antwerpen (Merksem-Schoten) of Hasselt

(traject Albertkanaal tussen Genk en Ham). Verzoekster heeft zich dus niet gebaseerd op een algemene studie maar op basis van ervaring met de dagdagelijkse uitvoering van opdrachten voor De Vlaamse Waterweg. De opgegeven verplaatsingen zijn dus wel een correcte inschatting, en geen onderschatting. In de prijsverantwoording wordt, in tegenstelling tot hierboven vermeld, nergens een gemiddelde verplaatsingstijd met betrekking tot intellectuele dienstverlening opgenomen, enkel de gemiddelde tijd van een terreinbezoek wordt vermeld. Er kunnen echter meerdere terreinbezoeken op een dag worden afgelegd, met dus een gespreide verplaatsingstijd over verschillende projecten, bovendien kan deze verplaatsingstijd bij intellectuele prestaties ook op een ander wijze nuttig worden ingevuld (vb. door telefonisch onderhoud tijdens verplaatsing). De gehanteerde tijdsnormen voor verplaatsingen zijn dus wel haalbaar.

[...]

In de prijsverantwoording werd onder paragraaf 2.2 (pagina's 21 tem 32) de prijsopbouw van het veldwerk zeer uitgebreid beschreven. Het inzetbare materieel werd opgenomen in de offerte. In de prijsverantwoording worden de prijzen opgenomen en wordt telkens per post een kostprijs opgenomen voor management en onderhoud (dit is dus inclusief reparaties, verzekeringen, heffingen,...).

De opgegeven eenheidstarieven voor veldwerk worden regelmatig afgetoetst met de prijzen van andere boorfirma's en zijn dus weldegelijk marktconform. Gezien uit het verslag blijkt dat ATO beschikt over een prijzendatabank is het niet duidelijk waarom de opgegeven prijzen niet werden vergeleken met andere inschrijvingen, hieruit zou immers blijken dat de prijzen weldegelijk marktconform zijn.

Verzoekster wordt terecht gewezen door ATO omdat het aankoopbedrag, de afschrijftermijn en de gebruiksduur van het inzetbare materieel niet verder wordt gedocumenteerd. Deze opmerking is volkomen irrelevant. Een vergelijking met de prijzendatabank kan hier duidelijkheid verschaffen.

[...]

Verzoekster verduidelijkt het volgende: zij beschikt over een raamovereenkomst met eenheidstarieven met het labo Eurofins voor het uitvoeren van analyses. Bij de prijsverantwoording van ABO werd inderdaad een prijsverantwoording toegevoegd van labo Eurofms, dit document betreft echter geenszins een offerte zoals beweerd, maar een document dat tegemoet kwam aan de vraag om de opgegeven prijzen te verantwoorden, het is dan ook logisch dat dit gedateerd is op de datum van de prijsverantwoording van ABO. Gezien de gedetailleerde opsplitsing van de kostprijs van de analyses lijkt deze prijsverantwoording van Eurofins ons weldegelijk adequaat te zijn.

[...]

uit haar jarenlange ervaring is zij zeer vertrouwd met het uitvoeren van analyses. Een aantal analyseposten uit het bestek zullen echter, op basis van haar ervaring, zelden gebruikt dienen te worden. Op basis van haar ervaring met het voorgaande raamcontract blijkt dat de opgegeven hoeveelheden in

het bestek ook niet altijd in verhouding zijn met de effectieve noodzakelijke hoeveelheden, wat een correcte prijszetting bemoeilijkt. Voor analyses die minder gebruikt worden is immers extra werk nodig voor de coördinatie en opvolging van deze analyses, vandaar ook een hogere marge. Gelet op de beperkte eenheidstarieven (meestal enkele tientallen euro's, beperkt aantal posten meer dan honderd euro) en beperkte hoeveelheden zijn marges tot 25% niet abnormaal, en lijken deze winstmarges ons perfect verantwoordbaar.

[...]

Verzoekster heeft hierboven in haar replieken ten opzichte van het gunningsverslag reeds uiteen gezet dat de aannames van de vergunningverlenende overheid en ATO niet correct zijn en niet kunnen gevolgd worden. De conclusie die getrokken wordt is dan ook niet terecht. In paragraaf 1 van de prijsverantwoording van 29 september 2017 heeft verzoekster gewag gemaakt van een gemiddelde winst van om en bij de 10%. Dit betekent niet dat op alle deeltaken deze winst gerealiseerd wordt. Er zijn verschillende winstmarges voor verschillende posten. Door deze verschillen in combinatie te brengen komt men op een gemiddelde!

[...]

Verzoekster is marktleider in de sector en kent de marktprijzen zeer goed. Zij zal haar winstmarges dan ook afstemmen per deeltaak om op deze manier in alle deeltaken een marktconforme prijs te kunnen aanbieden. Dit betekent uiteraard dat haar winstmarge per deeltaak verschilt. Gemiddeld genomen komt men evenwel aan een winstmarge van 10%. Dit blijkt niet alleen uit de prijsverantwoording, dit blijkt ook uit de eerdere uitvoering van contracten welke gegund werden door diverse overheden onder meer De Vlaamse Waterweg!”

6.15. In het gunningsverslag wordt gesteld dat het tarief voor de inzet van een projectleider van 60 euro per uur te laag is. De verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift dat door de OVAM in de sector een minimumuurtarief van 50 euro wordt gehanteerd en verwijst hierbij naar “bijlage, ‘Uitvoeren BSP, begeleiding saneringswerken en veiligheidscoördinatie, RO170801’, p. 38”, te weten het bestek dat de opdracht met BDA-bekendmakingsnummer 2017-531138, bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 13 oktober 2017, beheerst. De betrokken alinea gaat echter over de opvolging en toezicht van de werken door de milieukundig begeleider, te onderscheiden van de projectleider (zie bladzijde 40 e.v. van dat bestek); een onderscheid dat tevens wordt gemaakt door de verzoekende partij in haar prijsverantwoording. De kritiek lijkt bijgevolg uit te gaan van een verkeerd feitelijk uitgangspunt, naast de vaststelling dat de verzoekende partij geenszins aantoont dat de taken van de projectleider – en de hiermee in evenwicht

zijnde bezoldiging – in beide opdrachten, gelet op hun specifiek voorwerp, te vergelijken zijn.

Bovendien blijken die tarieven in het gunningsverslag bijkomend te zijn vergeleken met de corresponderende tarieven uit de prijzen-databank Mendiaan en de Koninklijke Vlaamse Ingenieursvereniging (KVIV) tarieven.

Wat de verwijzing naar de tarieven uit de vorige door de verzoekende partij uitgevoerde opdrachten betreft, werpt de verwerende partij tegen – hetgeen door de verzoekende partij niet wordt betwist - dat dit niet opgaat, nu in de vorige opdracht verschillende meerkosten werden doorgerekend met verrekeningen en bijaktes omdat de offerteprijzen niet afdoende bleken om de prestaties te dekken, hetgeen volgens de verwerende partij overigens de reden is waarom de inventaris thans sterk uitgebreid en meer gespecificeerd is. Het door de verzoekende partij neergelegde overzicht van prijzen bewijst volgens de verwerende partij bovendien dat voor verschillende identiek dezelfde posten er in de offerte 2013 en de voorliggende offerte sterk afwijkende eenheidsprijzen zijn, zonder enige verklaring.

6.16. De verzoekende partij voegt bij haar tweede prijs-verantwoording vier “loonsimulaties”, uitgaande van Partena. De namen zijn onleesbaar gemaakt en er is met de hand de functie, namelijk die van projectleider, tweemaal die van medewerker en ten slotte die van staalnemer, bijgeschreven. Weliswaar kan met de verzoekende partij worden aangenomen dat deze bedoeld zijn om aan te geven wat de loonkost is van personeelsleden die potentieel zouden worden ingezet bij de uitvoering van de betrokken raamovereenkomst, vast te stellen blijft dat deze geen afbreuk doen aan de doorslaggevende conclusie van de verwerende partij en ATO dat de tarieven die de verzoekende partij hanteert voor haar arbeidskrachten erg laag zijn, dat niet duidelijk is waarom er voor twee medewerkers twee verschillende loonsimulaties zijn – het verschil in hun functie van “medewerker” of hun eventuele verschillende beroepskwalificaties worden niet nader toegelicht – en dat de verwerende partij uit die loonsimulaties ook afleidt dat er geen groeps- en hospitalisatieverzekering wordt aangeboden, hoewel de verzoekende partij op haar jobpagina systematisch melding maakt van een

‡CFBSNCBDA-BDCFABV‡

“aantrekkelijk loonpakket”, argument waarop de verzoekende partij niet reageert. Met de verantwoordingsstukken die de verzoekende partij pas bij het verzoekschrift voegt kan geen rekening worden gehouden bij de beoordeling van het handelen van de verzoekende partij bij het onderzoek van de prijsverantwoording.

6.17. De verzoekende partij erkent dat zij verkeerdelijk heeft gewerkt met 2.000 uren op jaarbasis, terwijl zij het standpunt van de verwerende partij dat een werknemer maximaal 1.760 werkuren mag presteren op jaarbasis, niet betwist.

Met de verwerende partij dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij met de verwijzing naar haar resultatenrekening voor de berekening van haar indirecte kosten nieuwe informatie bijbrengt. Dat had zij moeten doen in haar prijsverantwoording. De aanbestedende overheid kan enkel rekening houden met de informatie die haar in de prijsverantwoording werd verstrekt.

Op de vaststelling in het gunningsverslag dat de verrekening van de algemene kosten niet accuraat is omdat de verzoekende partij geregeld gebruik maakt van onderaannemers, antwoordt zij dat die onderaannemers “onderhevig zijn aan een strenge prijsdaling”.

Met een dergelijk antwoord lijkt de vaststelling van de verwerende partij niet weerlegd. Bovendien mag een inschrijver zich ter verantwoording van zijn prijs niet beperken tot een verwijzing naar de prijs van een onderaannemer zonder in dat geval ook de prijs van de onderaannemer te verantwoorden.

6.18. Op de opmerking in het gunningsverslag dat het onduidelijk is hoe de marges op de loonkosten worden berekend, antwoordt de verzoekende partij in het verzoekschrift dat zij “als marktleider in de sector [...] de marktprijzen zeer goed” kent en dat “zij de winstmarges ook [zal] afstemmen per deeltak om zo overall een marktconforme prijs te kunnen aanbieden”, maar met dergelijke algemeenheden wordt de ongegrondheid van die opmerking niet met de vereiste *prima facie* ernst aangetoond. Bovendien betwist zij met de beweringen niet dat, zoals wordt vastgesteld in het gunningsverslag, dergelijke werkwijze met zich

‡CFBSNCBDA-BDCFABV‡

meebrengt dat de algemene kosten op een onwettige manier zijn “verdeeld” over de verschillende posten wat in strijd is met artikel 15 van het koninklijk besluit Plaatsing.

6.19. Wat de tijdsinschatting van de dienstverlening betreft, stelt de verzoekende partij in de prijsverantwoording herhaaldelijk dat zij voor het vooronderzoek, voor het technisch verslag en het opmaken van een bemonsteringsvoorstel 95 minuten nodig heeft, waarvan 20 minuten voor het opvragen en opzoeken van administratieve en historische gegevens en 45 minuten voor de opmaak van het bemonsteringsvoorstel. De resterende minuten worden als volgt berekend:

“Door onze kennis en ervaringen met de terreinen van De Vlaamse Waterweg, en de ligging van de verschillende kantoren van ABO, kunnen terreinbezoeken snel en efficiënt uitgevoerd worden. Een terreinbezoek [...] duurt ca. 30 minuten”.

In deze prijsverantwoording lijken de verplaatsing en het terreinbezoek daadwerkelijk aan elkaar te zijn verbonden, waardoor de verzoekende partij in de huidige stand van het geding niet overtuigt wanneer zij thans beweert dat “enkel de gemiddelde tijd van een terreinbezoek” wordt vermeld. Over een andere wijze waarop de verplaatsingstijd bij intellectuele prestaties op nuttige wijze zou kunnen worden ingevuld, zoals dit in het verzoekschrift wordt uitgedrukt, wordt in de prijsverantwoording niet ingegaan. De enkele beweringen dat de verzoekende partij zich heeft gesteund op haar “ervaring met de dagdagelijkse uitvoering van opdrachten voor De Vlaamse Waterweg” en “dat zij twee kantoren heeft die gelegen zijn in het gebied van NV De Vlaamse Waterweg” lijken niet te volstaan om afbreuk doen aan de vaststelling dat een aantal door de verzoekende partij gehanteerde tijdsnormen nauwelijks of niet haalbaar zijn en aan te nemen dat de inschatting van de verzoekende partij, in tegenstelling tot die van de verwerende partij, correct is.

6.20. Op het oordeel van ATO, waarnaar in het gunningsverslag wordt verwezen, dat de materiaalkosten in de prijsverantwoording niet worden gedocumenteerd, wordt in het verzoekschrift geantwoord dat de prijzen

“regelmatig [worden] afgetoetst met de prijzen van andere boorfirma’s en [...] dus weldegelijk marktconform” zijn en “telkens per post een kostprijs [wordt] opgenomen voor management en onderhoud (dit is “inclusief reparaties, verzekeringen, heffingen, ...).” Hiermee wordt evenwel niet met de vereiste *prima facie* ernst het standpunt in het gunningsverslag, dat “het zeer moeilijk [is] om de berekende materiaalkosten te verifiëren en goed te keuren” omdat “het in te zetten materiaal [...] niet adequaat [wordt] beschreven en essentiële elementen in de berekeningen van de tarieven (zoals het aankoopbedrag, afschrijftermijn en de gebruiksduur) [...] niet [worden] gedocumenteerd of verduidelijkt” en “er geen melding [wordt] gemaakt van kosten voor o.a. reparatie, eventuele heffingen, of belastingen en verzekering”, weerlegd.

Eenzelfde redenering gaat op voor het oordeel van ATO, waarnaar in het gunningsverslag wordt verwezen, dat de door de nv Eurofins Belgium – een onderaannemer van de verzoekende partij – opgestelde prijsverantwoording “onvoldoende [is] om te kunnen gelden als een adequate prijsverantwoording”, waarop de verzoekende partij antwoordt dat die “ons weldegelijk adequaat [lijkt] te zijn”, wat geen ernstige grief lijkt te kunnen opleveren.

Dit geldt ook voor het antwoord op de vaststelling in het gunningsverslag dat de winstmarges op de analyses variëren van 4,7 tot 25,5 %, dat de verzoekende partij gelet op “haar jarenlange ervaring [...] zeer vertrouwd [is] met het uitvoeren van analyses”. Haar repliek dat de opgegeven hoeveelheden in het bestek niet altijd in verhouding zijn met de effectieve noodzakelijke hoeveelheden, is evenmin onderbouwd, terwijl in het gunningsverslag voor 20 posten gedetailleerd op grond van de kostprijs van de offerte van de nv Eurofins Belgium en de aangeboden prijs van de verzoekende partij de marge voor algemene kosten en winst wordt berekend, wat de verwerende partij toeliet haar conclusie te staven. Het gemiddelde van “om en bij de 10%” winst wordt door de verzoekende partij dan weer niet uitgewerkt. Zij maakt bijgevolg niet met de vereiste *prima facie* ernst aannemelijk dat het oordeel van de verwerende partij niet aannemelijk zou zijn.

6.21. In de huidige stand van het geding blijkt niet dat de verwerende partij niet redelijkerwijze van oordeel kon zijn dat het antwoord van 29 september 2016 wat de cijfermatige uitwerking van de eenheidsprijzen en de totaalprijs betreft, niet aanvaardbaar is, nu zij op het eerste gezicht de gehanteerde zeer lage loonkosten onvoldoende staft, uitgaat van onrealistische rendementen en verplaatsingstijden, geen onderbouwding voor de voorziene materiaalkosten en kosten van onderaannemers geeft, en sterk variërende winstmarges toepast. In die omstandigheid lijkt] de bewering in de toelichting bij het middel dat de prijsopgave “is gebeurd rekening houdend met de jarenlange ervaring in gelijkaardige projecten, de aanpak van deelopdrachten en de synergie tussen de deelopdrachten” niet afdoende aangetoond. De bewering dat de verzoekende partij, aldus het verzoekschrift, een “efficiëntie en doelmatigheid kan bereiken die vrij uniek is in de sector” volstaat niet om anders te moeten besluiten.

6.22. Gelet op de voorgaande vaststellingen, lijkt *prima facie* niet te kunnen worden aangenomen dat de verwerende partij de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid te buiten is gegaan door te oordelen dat de offerte van de verzoekende partij op prijstechnisch vlak abnormaal is, en daarom te besluiten dat deze offerte niet in aanmerking komt. Aldus blijkt op het eerste gezicht niet dat de bestreden beslissing niet steunt op voldoende draagkrachtige motieven en dus de materiële motiveringsplicht zou schenden of buiten de perken van de redelijkheid zou zijn getreden. Evenmin lijkt een schending aangetoond van de zorgvuldigheidsplicht.

Er blijkt ook niet *prima facie* dat zij ongelijk werd behandeld ten opzichte van andere inschrijvers, nu zij een aanzienlijk lagere totaalprijs voorstelde – de verbeterde totaalprijs btw niet inbegrepen van de verzoekende partij bedraagt 517.166,84 euro, terwijl die van de overige inschrijvers respectievelijk 746.550,77 euro, 785.720,01 euro, 751.777,68 euro en 745.817,50 euro is. Alleszins licht de verzoekende partij daarbuiten niet concreet toe hoe de offertes niet op een gelijke wijze werden beoordeeld.

Daarenboven legt het zuinigheidsbeginsel niet op dat een opdracht aan een inschrijver moet worden gegund, waarvan door de aanbestedende overheid is vastgesteld dat die “op prijstechnisch vlak abnormaal” is.

‡CFBSNCBDA-BDCFABV‡

VII. Besluit

7. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

Het is passend, gelet op het op het eveneens ingestelde beroep tot nietigverklaring, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Mava Aes tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verworpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 25 januari 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Johan Bovin