

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 243.352 van 8 januari 2019

in de zaak A. 226.921/XII-8658

In zake: 1. de NV ENVISAN
2. de NV JAN DE NUL
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2650 Edegem
Mechelsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV van publiek recht de 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

Tussenkomende partij:

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 11 december 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van De Vlaamse Waterweg N.V. van 23 november 2018 waarbij de overheidsopdracht voor aanneming van werken betrekking hebbende op de opdracht ‘Beneden-Durme te Waasmunster, Zele en Lokeren – Onderhouds-

XII-8658-1/18

baggerwerken en renovatie van het GOG Potpolder IV' (bestek nr. AZZ-18-0004) na heroverweging wordt gegund aan DEME Environmental Contractors nv (DEC), Scheldedijk 30 Haven 1025 te 2070 Zwijndrecht voor een bedrag van 16.914.283,78 euro, en waarbij de offerte van de THV Envisan – Jan De Nul als substantieel onregelmatig werd geweerd.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 19 december 2018 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 27 december 2018, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gert Op De Beeck, die *loco* advocaat Joost Bosquet verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Johan Geerts, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Annelies Verlinden en Thomas Christiaens, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 voor werken uit voor onderhoudsbaggerwerken en renovatie van het GOG (“gecontroleerd

overstromingsgebied”) Potpolder IV - Beneden-Durme te Waasmunster, Zele en Lokeren. De verwerende partij kiest voor de openbare procedure als plaatsingsprocedure.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 3 mei 2018 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 5 mei 2018.

3.2. Het toepasselijke bestek met nummer AZZ-18-0004 omschrijft het voorwerp van de opdracht samengevat als volgt:

“Het voorwerp van de opdracht is het uitvoeren van onderhoudsbaggerwerken op de Beneden-Durme tussen de brug van Waasmunster en de dam in Lokeren en de renovatie van het gecontroleerd overstromingsgebied Potpolder IV te Waasmunster, gebruik makend van onderhoudsbaggerspecie.”

Wat de wijze betreft waarop de baggerwerken dienen te worden uitgevoerd, geven de technische bepalingen van het bestek de volgende toelichting:

“Een deel van de onderhoudsbaggerspecie dient te worden gebruikt bij de dijkwerken voor de renovatie van Potpolder IV. De aannemer verbindt zich in zijn offerte tot een bepaald percentage hergebruik ten opzichte van het maximale volume dat kan hergebruikt worden.

Tijdens de werken is het verdunnen van specie door het opmengen van verschillende concentraties aan specie niet toegestaan. De specie die niet voldoet aan NV-bouwstof dient gescheiden gebaggerd te worden van de specie die voldoet aan NV-bouwstof. De specie die niet voldoet aan NV-bouwstof moet hergebruikt worden bij de dijkwerken. Dit volume wordt geschat op 26.000 m3 gemeten in de rivier.

Het overige deel van de onderhoudsbaggerspecie dient te worden afgevoerd naar de speciebergingslocatie Sterhoek te Kruibeke en Zwijndrecht.”

Het bestek bepaalt drie gunningscriteria :

- Criterium 1: het offertebedrag (50 punten);
- Criterium 2: valorisatie van de baggerspecie (30 punten);

- Criterium 3: de technische waarde van het aanbiedingsontwerp en de uitvoeringsmethode (20 punten).

3.3. De offertes worden geopend op 5 juli 2018. Er blijken vier offertes te zijn ingediend aan de volgende bedragen (btw niet inbegrepen):

- THV Hye - De Roeck	22.000.955,97 euro;
- THV Ghent Dredging - Aertssen	16.844.226,56 euro;
- NV DEME Environmental Contractors (hierna: nv DEC) (gekozen inschrijver)	15.609.989,30 euro;
- THV Envisan - Jan De Nul (verzoekende partijen)	10.785.522,42 euro.

3.4.1. Met een schrijven van 16 juli 2018 vraagt de verwerende partij een eerste keer aan de THV Envisan - Jan De Nul om een gedetailleerde prijsverantwoording te verstrekken voor hun abnormaal lage totaalprijs overeenkomstig artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), alsook overeenkomstig artikel 36, § 2 van dat besluit, voor de abnormaal lage eenheidsprijzen van een reeks posten, waaronder post VWD3 post 2.

3.4.2. Met een schrijven van 20 juli 2018 bezorgt de THV Envisan - Jan De Nul een eerste prijsverantwoording aan de verwerende partij. Wat VWD3 post 2 betreft deelt deze inschrijver als prijsverantwoording mee dat hij het volgende van plan is: “Zoden worden afgegraven, getransporteerd over de weg en afgezet op ons grondverwerkingscentrum in Hulsdonk voor valorisatie en verkoop als teelaarde.”

3.4.3. Met een schrijven van 14 september 2018 bevraagt de verwerende partij de THV Envisan - Jan De Nul opnieuw wat betreft de door hen aangeboden abnormale prijzen. Voor VWD3 post 2 vraagt de verwerende partij in het bijzonder: “Worden er nog bewerkingen uitgevoerd op de zoden alvorens te verkopen als teelaarde?”

3.4.4. Met een schrijven van 20 september 2018 bezorgt de THV Envisan - Jan De Nul een tweede prijsverantwoording aan de verwerende partij. Wat betreft VWD3 post 2 delen zij mee aan de verwerende partij: “Na afgraving van de zoden worden deze tussentijds gestockeerd op de werf. Het afbraakproces van het organisch materiaal (vnl. gras- en/of kruidbegroeiing) zal op gang komen. Na afvoer naar ons grondverwerkingscentrum wordt het materiaal in gecontroleerde omstandigheden (luchtvochtigheid, luchttoevoer) gestockeerd en met een omzetmachine verplaatst zodat het afbraakproces versneld verloopt. Het eindproduct van dit proces is teelaarde [...]”.

3.5.1. Op 10 oktober 2018 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv DEC.

3.5.2. Tegen deze beslissing worden twee procedures in kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld: een door de THV Ghent Dredging - Aertssen (A. 226.620/XII-8641) en een door de huidige verzoekende partijen THV Envisan - Jan De Nul (A. 226.621/XII-8642).

3.5.3. Op 23 november 2018 beslist de verwerende partij om de voormelde gunningsbeslissing in te trekken.

3.6. Met dezelfde beslissing van 23 november 2018 gunt zij, verwijzende naar het nieuwe gunningsverslag van 20 november 2018, dat tot deel van de beslissing wordt verklaard, de opdracht opnieuw aan de nv DEC, ditmaal voor een bedrag van 16.914.283,78 euro (btw niet inbegrepen). Dit is de thans bestreden beslissing.

3.7. In het nieuwe gunningsverslag van 20 november 2018 worden de vier inschrijvers geselecteerd.

3.8. Volgens het onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes is de offerte van de THV Envisan - Jan De Nul aangetast door een (eerste) substantiële onregelmatigheid omdat deze een inbreuk op het milieurecht bevat nu er wordt voorzien in de verkoop van verontreinigde zoden als teelaarde.

Bij de verbetering van de offertes wordt vastgesteld dat in de offerte van de nv DEC een wijziging van vermoedelijke hoeveelheden wordt voorgesteld en doorgevoerd in de samenvattende opmeting wat het afvoeren betreft van baggerspecie naar de speciebergingslocatie Sterhoek Volgens het verslag betreft het hier echter een niet-substantiële onregelmatigheid zodat de offerte niet wordt geweerd. Om de gelijkheid van de inschrijvers te vrijwaren, worden vervolgens de wel door de nv DEC opgegeven eenheidsprijzen voor de betrokken posten met de in het bestek bepaalde vermoedelijke hoeveelheden vermenigvuldigd en wordt dit prijsresultaat bij het totaalbedrag van de offerte gevoegd, dat aldus stijgt naar 16.914.283,78 euro, btw niet inbegrepen.

Wat het prijsonderzoek betreft stelt de verwerende partij vast dat de offerte van de verzoekende partijen THV Envisan - Jan De Nul is aangetast zowel door abnormaal lage eenheidsprijzen voor een reeks posten (VWD2 posten 14, 16, 20 en VWD3 post 2), als door een abnormaal lage totaalprijs (35,2% onder gemiddeld totaal offertebedrag). De offerte van deze inschrijver wordt ook om deze redenen substantieel onregelmatig verklaard.

3.9. Het besluit van het gunningsverslag is om de opdracht te gunnen aan de nv DEC .

3.10. Met een aangetekend schrijven en een e-mailbericht van 26 november 2018 geeft de verwerende partij kennis van de gunningsbeslissing van 23 november 2018 aan de verzoekende partijen.

IV. Tussenkost

4. De nv DEC 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 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 de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partijen voeren in het verzoekschrift in het eerste middel de schending aan van artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het rechtsbeginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

“Doordat, de bestreden beslissing betreffende de valorisatie van de baggerspecie als essentieel bestanddeel van de opdracht vaststelt dat de cijfermatige aannames inzake dichtheid en droge stofgehalte van de baggerspecie waarop de inschrijvers zich voor het indienen van hun offerten dienden te steunen niet correct of accuraat waren, zodat een onderdeel van de opdracht overbodig wordt (transport naar speciebergings), doch de gelijkheid der inschrijvers meent gevrijwaard te zien door bij de inschrijver die deze vaststellingen heeft aangebracht geen rekening te houden met de prijsvermindering voor de niet langer uit te voeren onderdelen.

Terwijl, art. 4 van de Wet Overheidsopdrachten de aanbestedende overheid verplicht om de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en op een transparante en proportionele wijze te behandelen doorheen de volledige procedure tot plaatsing van een overheidsopdracht.

Terwijl, het transparantiebeginsel ertoe strekt aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de markt voor de mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op hun onpartijdigheid kunnen worden getoetst.

Terwijl, het patere legem beginsel de aanbestedende dienst ertoe verplicht de in de opdrachtdocumenten uitgeschreven uitgangspunten, met in het bijzonder de minimale eisen, eisen gesteld op straffe van nietigheid of uitgangspunten ter vrijwaring van de vergelijkbaarheid der offertes, te respecteren in haar eigen besluitvorming en de objectiviteit van het procedureverloop.

Terwijl, precies uit de samenlezing van het transparantiebeginsel met de hiervoor aangehaalde bepaling van de Wet Overheidsopdrachten volgt dat de aanbestedende overheid haar beoordelingskader precies dient vast te leggen in het bestek, minstens volledig kenbaar dient te maken voor de opening der offertes, zodat de inschrijvers aan de hand van een positie van informatiegelijkheid bij de opmaak van hun offertes deze zoveel als mogelijk kunnen afstemmen op de behoeften van de aanbestedende dienst.

Terwijl, het contractueel kader zoals bepaald door de technische specificaties en voorwaarden van het bestek niet zonder schending van het gelijkheids- en transparantiebeginsel hangende de gunningsprocedure kan worden gewijzigd, zonder dat de inschrijvers worden verschalkt betreffende de marges waarbinnen zij de mededinging kunnen aangaan, en de uitgangspunten waarop zij hun prijszetting, uitvoeringsmethode en technieken dienen af te stemmen.

Terwijl, de vaststelling dat bepaalde uitgangspunten van het bestek foutief of niet accuraat waren geen vergoelijking biedt om deze hangende de procedure aan te passen, in het voordeel van één inschrijver, zonder dat de andere inschrijvers de gelegenheid werd gegeven om bij de voorbereiding van hun offerte met deze gewijzigde parameters rekening te hebben kunnen houden.

Zodat, de bestreden beslissing die vaststelt dat naar aanleiding van de beoordeling van één offerte de uitgangspunten inzake de dichtheid en het droge stofgehalte van de te baggeren specie in af- wijking van de aannames van het bestek dienen te worden bijgesteld, in weerwil van de vaststelling dat

net deze uitgangspunten de vergelijkbaarheid der offertes dienden te waarborgen krachtens het bestek, zonder daarbij rekening te houden met de potentiële impact van deze wijziging op de inhoud van de andere offertes in functie van de bestektekst, de in het middel aangehaalde beginselen en bepalingen schendt.”

Beoordeling

7.1. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 behandelen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen zij op een transparante en proportionele wijze.

7.2. Anders dan de verzoekende partijen doen gelden lijkt uit het gunningsverslag niet te mogen worden afgeleid dat de verwerende partij bij het nemen van de gunningsbeslissing van 23 november 2018 haar beoordelingskader zou hebben gewijzigd ten voordele van de gekozen inschrijver en daardoor een onrechtmatigheid zou hebben begaan die tot gevolg heeft dat de opdracht niet langer rechtsgeldig mocht worden gegund.

Het lijkt niet dat in het gunningsverslag de offerte van de verzoekende partijen of deze van de overige inschrijvers werden getoetst aan de hand van het voorstel in de offerte van de gekozen inschrijver, noch dat de offerte van de verzoekende partijen of de overige inschrijvers werden aangepast om deze in lijn te brengen met de offerte van de gekozen inschrijver. Integendeel blijkt de aanbestedende overheid juist enkel de offerte van de gekozen inschrijver te hebben gewijzigd om deze alsnog in overeenstemming te brengen met de vermoedelijke hoeveelheden zoals vermeld in de samenvattende opmeting en die door die inschrijver niet werden gehanteerd bij het opstellen van zijn offerte. Er dient te worden vastgesteld dat dit net het omgekeerde is van wat de verzoekende partijen in dit middel aan de verwerende partij verwijten, daargelaten de vraag in de huidige zaak of dit wijzigen op zich al dan niet een handelwijze van de aanbestedende overheid is die kan worden ingepast in de betrokken regelgeving.

Het middel is aldus niet ernstig en leidt niet tot het besluit dat bij de beoordeling van de offertes aan de hand van de gunningscriteria een

onrechtmatigheid zou zijn begaan die de gehele plaatsingsprocedure onrechtmatig maakt zodat na een schorsing en nietigverklaring de verwerende partij enkel nog tot een nieuwe plaatsingsprocedure zou kunnen en mogen beslissen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. De verzoekende partijen voeren in het verzoekschrift in het tweede middel de schending aan van

“art. 76 §1, 3° K.B. plaatsing 2017; art. 36 K.B. Plaatsing 2017 op zichzelf genomen en richtlijnconform geïnterpreteerd; de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur; het gelijkheidsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel, en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel als algemeen beginsel van aanbestedingsrecht zoals ondermeer opgenomen in art. 4 van de Wet Overheidsopdrachten 2016”

[...]

“Doordat, eerste onderdeel, de bestreden beslissing de substantiële onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij aanvoert wegens de zogenaamde niet naleving van het milieurecht, doordat zij bij het afgraven van de zoden rekent op de valorisatie voor de verkoop als teelaarde, daar waar gelet op de milieuhygiënische code (921), het hergebruik buiten de kadastrale werkzone niet mogelijk zou zijn.

[...]

Terwijl, eerste onderdeel, het regelmatigheidsonderzoek in de zin van art. 76 §1, 3° K.B. Plaatsing samen gelezen met het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur verhindert dat de aanbestedende dienst aan de hand van een onzorgvuldige feitenvinding en een foutieve beoordeling van de eigen gegevens betreffende de bodemkwaliteit zoals gevoegd bij het bestek, tot de schending besluit van het milieurecht, i.c. de grondverzetsregeling.”

“Doordat, tweede onderdeel, de bestreden beslissing de offerte van verzoekende partij weert als onregelmatig op grond van een prijsonderzoek waarbij zij gebruik maakt van inlichtingen die niet afkomstig zijn van de inschrijver, en die hem niet zijn voorgelegd om hem de kans te geven hierop adequaat en met kennis van zaken te reageren, en waarbij de inschrijver niet werd herbevestigd indien door hem gehanteerde onderzoekresultaten aan verdere nieuwe bedenkingen worden onderworpen;

[...]

Terwijl, tweede onderdeel, art. 36 §2 K.B. Plaatsing 2017 op zichzelf genomen en richtlijn conform geïnterpreteerd in het geval van een prijsonderzoek naar eenheidsprijzen of totaalprijzen de inschrijver zo nodig

opnieuw ondervraagt, en bij de beoordeling van de prijsverantwoording slechts rekening kan houden met inlichtingen die niet afkomstig zijn van de inschrijver voor zover ze hem worden voorgelegd teneinde hem de kans te geven hierop te reageren binnen een daadwerkelijk tegensprekelijke dialoog.

Terwijl, tweede onderdeel, de toepassing van de materiële motiveringsplicht vereist dat de motieven die worden gehanteerd steunen op een zorgvuldige feitenvinding en voldoende draagkrachtig zijn opdat zij in redelijkheid de besluitvorming voor het blijvend abnormaal bevinden van de totaalprijs kunnen ondersteunen”.

“Doordat, derde onderdeel, het regelmatigheidsonderzoek is gebeurd met een onderscheiden gestrengheid tussen de inschrijvers, gezien i) voor de ene inschrijver (i.c. THV Envisan - Jan De Nul) het schijnbaar abnormaal karakter van diverse prijsposten naar voor wordt geschoven, terwijl deze prijselementen voor de andere inschrijver (i.c. DEC) konden worden gesublimeerd naar aanleiding van een nazicht van hoeveelheden als relatieve onregelmatigheid; ii) de premissen van een eigen vooronderzoek voor de ene inschrijver (i.c. DEC) worden aanvaard zonder de volledige uitgangspunten van deze studie na te gaan, daar waar de voorstudie van de andere inschrijver (i.c. THV Envisan - Jan De Nul) onvoldoende wordt geacht zolang alle premissen van deze studie niet kunnen worden geverifieerd.”

“Terwijl, derde onderdeel, het gelijkheidsbeginsel vereist dat het nazicht van de eenheidsprijzen niet gebeurt met een onderscheiden mate van gestrengheid.”

“Zodat, de bestreden beslissing die vaststelt dat naar aanleiding van de beoordeling van één offerte de uitgangspunten inzake de dichtheid en het droge stofgehalte van de te baggeren specie in afwijking van de aannames van het bestek dienen te worden bijgesteld, in weerwil van de vaststelling dat net deze uitgangspunten de vergelijkbaarheid der offertes dienden te waarborgen krachtens het bestek, zonder daarbij rekening te houden met de potentiële impact van deze wijziging op de inhoud van de andere offertes in functie van de bestektekst, de in het middel aangehaalde beginselen en bepalingen schendt.”

Beoordeling

9.1. Artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt :

“Art. 76. § 1. De aanbestedende overheid gaat na of de offertes regelmatig zijn.

De offerte kan substantieel of niet substantieel onregelmatig zijn.

Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing

te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.

De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd :

1° de niet-naleving van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, voor zover deze niet-naleving strafrechtelijk gesanctioneerd wordt;

2° de niet-naleving van de vereisten bedoeld in de artikelen 38, 42, 43, § 1, 44, 48, § 2, eerste lid, 54, § 2, 55, 83 en 92 van dit besluit en in artikel 14 van de wet, voor zover zij verplichtingen bevatten ten aanzien van de inschrijvers;

3° de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten.”

Overeenkomstig artikel 76, § 3, van ditzelfde besluit verklaart de aanbestedende overheid een substantieel onregelmatige offerte steeds nietig. Zij beschikt daarbij over geen enkele beoordelingsruimte.

9.2. In het gunningsverslag wordt de offerte van de verzoekende partijen geweerd als substantieel onregelmatig wegens een inbreuk op het milieurecht op grond van de volgende motieven:

“Naar aanleiding van de vraag tot prijsverantwoording aan inschrijver Envisan-Jan De Nul met betrekking tot VWD 3 - post 2, heeft de aanbestedende overheid de volgende substantiële onregelmatigheid vastgesteld.

Overeenkomstig Voorwaardelijke Gedeelte 3, Hoofdstuk 4 Voorbereidende werken en grondwerken, § 2.1.2.1.A ‘Afgraven van zoden’, is de grondverzetregeling van toepassing op het hergebruik van de zoden. Deze bepaling is gebaseerd op informatie van de erkende bodembeheerorganisatie Grondbank en is consulteerbaar via haar website.

Uit de prijsverantwoording van THV Envisan-Jan De Nul blijkt dat deze inschrijver rekent op de valorisatie van de zoden door verkoop als teelaarde. In de eerste prijsverantwoording (dd 20 juli 2018) stelt de THV dat de zoden worden afgegraven, getransporteerd over de weg en afgezet op het grondverwerkingscentrum in Hulsdonk voor valorisatie en verkoop als teelaarde. De eenheidsprijs is gebaseerd op de inzet van een landmeter voor topografische opmetingen, een rupsbulldozer voor het afgraven van de zoden, een graafkraan voor het laden op een vrachtwagen en een opligger voor transport naar Hulsdonk. De THV rekent dus een minprijs van 4,35 €/m3 ingevolge de valorisatie en verkoop als teelaarde.

Naar aanleiding van de herbevraging verduidelijkt de THV in de aanvullende prijsverantwoording (dd 20 september 2018) dat de zoden na

afgraving, tussentijds gestockeerd worden op de werf waarbij het afbraakproces van organisch materiaal op gang zal komen, na afvoer naar het grondverwerkingscentrum wordt het materiaal in gecontroleerde omstandigheden gestockeerd en met een omzetmachine verplaatst zodat het afbraakproces versneld verloopt. De verwerkingskost bedraagt 1 €/m³, het eindproduct wordt verkocht aan 5,35 €/m³.

De resultaten van het milieuhygiënisch onderzoek dat werd uitgevoerd in opdracht van de aanbestedende overheid werden bij het bestek gevoegd en wijzen uit dat de toplaag een milieuhygiënische code 921 heeft ten gevolge van verontreiniging met zware metalen (arseen, cadmium, chroom III, lood, zink), minerale olie, benzo(a)pyreen en PCB's.

De code bepaalt onder welke voorwaarden de grond mag worden toegepast overeenkomstig het Vlaams reglement inzake Bodemsanering en Bodembescherming (Vlarebo). De verkoop als teelaarde valt onder het gebruik van bodem buiten de kadastrale werkzone (i.e. de werfzone), wat uitdrukkelijk is uitgesloten: het cijfer 9 betekent dat gebruik als bodem buiten de kadastrale werkzone niet mogelijk is. De voorgestelde bewerking, met name stockeren en omzetten in gecontroleerde omstandigheden, is gericht op het afbreken van het organisch materiaal maar laat niet toe om de aanwezige verontreiniging onder de norm voor vrij hergebruik te brengen.

De offerte van de THV Envisan-Jan De Nul bevat aldus een inbreuk tegen het milieurecht. Overeenkomstig artikel 7 van de Wet inzake Overheidsopdrachten van 17 juni 2016 is de ondernemer ertoe gehouden alle toepasselijke verplichtingen onder meer op het gebied van milieurecht na te leven wat in casu niet het geval is. Conform artikel 76 §1, 1° KB Plaatsing dient de niet naleving van het milieurecht, voor zover de niet naleving strafrechtelijk gesanctioneerd wordt, als een substantiële onregelmatigheid te worden beschouwd. Overtredingen op het bodemdecreet (en de uitvoeringsbesluiten) worden strafrechtelijk gesanctioneerd cfr. Artikel 16.1.1 en 16.6.1 DABM.

Bovendien is de voorgestelde verwerkingswijze alleszins een inbreuk op een minimale eis van het bestek (76 §1, 3° KB Plaatsing).

De offerte van de THV Envisan-Jan De Nul is aldus behept met een substantiële onregelmatigheid.”

9.3. Op het eerste gezicht lijkt de in het gunningsverslag vastgestelde inbreuk op het milieurecht in de offerte van de verzoekende partijen op zich genomen reeds te volstaan om het substantieel onregelmatig verklaren van hun offerte te dragen, gelet op het hiervoor aangehaalde artikel 76, § 1, vierde lid, 1°.

9.4. De verzoekende partijen betwisten deze vaststelling evenwel in het verzoekschrift met de volgende argumentatie:

“Er wordt plots een motief inzake onregelmatigheid gehanteerd onder verwijzing naar de grondverzetsregeling, terwijl de herbevraging binnen de prijsverantwoording betrekking had op de minprijs en de mogelijkheid tot vermarkting van de zoden. De externe elementen die aan het advies van ATO worden ontleend, werden niet aan tegenspraak onderworpen. Verzoekende partij kan de graszoden oogsten met een beperkte diepgang, zodat de milieuhygiënische code van de grondverzetsregeling wel degelijk het gebruik buiten de kadastrale werkzone toelaat. Deze vraag werd haar echter nooit voorgelegd, zodat andermaal van de inschrijver wordt verwacht dat deze op grond van de vermoede wil van de aanbestedende overheid anticipeert. Dit creëert een onmogelijke bewijslast en een mogelijkheid tot willekeur in hoofde van de aanbestedende dienst. De feitenvinding is in die zin kennelijk onzorgvuldig en in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur.

Het besluit uit de monstername in het uitgevoerde milieuhygiënisch onderzoek (MHO) — bijlage bij het bestek - doet uitspraak over een top laag van 0,5 m dik met code 921 terwijl het bestek oplegt dat deze laag in twee aparte uitvoeringsgangen dient afgegraven te worden:

- 1) afgraven van zoden : dikte van maximaal 15 cm
- 2) afgraving volgens 4-2.1.2.: dikte variërend tussen 20 cm en 35cm afhankelijk van locatie nadat zoden zijn afgegraven

Vermits het besluit in het MHO geen rekening houdt met bovenstaande opdeling, heeft THV JDN- ENV de analyseresultaten uit het MHO bijgevoegd bij het bestek bestudeerd. De THV kan hieruit besluiten dat de zoden (dikte 15 cm) milieuhygiënische codes hebben die wel degelijk gebruik buiten de kadastrale werkzone toelaten zonder noodzaak tot verminderen van de aanwezige verontreiniging. Het gaat hier meer bepaald over de codes 211 (vrij hergebruik) en 310, 311, 411, 421, 511, 521 (hergebruik mogelijk, zij het mits studie ontvangend terrein) (zie stuk 12).

De THV JDN-ENV heeft niets anders gedaan dan de beschikbare besteksdata bestudeerd en geanalyseerd en op basis van deze studie/analyse tot besluit gekomen dat de uitvoeringsmethode conform is met de opgelegde eisen in het bestek (zoden worden eigendom aannemer en dienen afgevoerd te worden buiten de werfzone; de grondverzetsregeling is van toepassing op hergebruik van zoden).”

9.5. De argumenten van de verzoekende partijen kunnen op het eerste gezicht niet worden bijvallen.

In de eerste plaats steunt dit betoog op de veronderstelling dat het onregelmatig verklaren van een offerte in het kader van de gunning van een overheidsopdracht aan tegenspraak zou zijn onderworpen. *Prima facie* faalt deze premisse. Het blijkt immers niet dat de regelgever te dezen in een verplichte vorm van tegenspraak tussen aanbestedende overheid en inschrijver hebben voorzien.

Integendeel lijkt het te dezen van toepassing zijnde artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 de aanbestedende overheid die een substantiële onregelmatigheid heeft vastgesteld te binden en eist deze bepaling dat een substantieel onregelmatige offerte steeds nietig wordt verklaard door de aanbestedende overheid.

Voorts kan er worden opgemerkt dat een beslissing om een offerte substantieel onregelmatig te verklaren geen maatregel lijkt die, zoals de hoorplicht veronderstelt, het ontnemen van een eerder verleend voordeel inhoudt of een sanctie ten aanzien van het gedrag van de inschrijver uitmaakt. Een beslissing tot het onregelmatig verklaren van een offerte voldoet met andere woorden op het eerste gezicht niet aan de toepassingsvoorwaarden van de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur.

Aldus blijkt niet dat een aanbestedende overheid die in het kader van het prijsonderzoek vaststelt dat een offerte behept is met een substantiële onregelmatigheid in de uitvoeringswijze, ertoe gehouden zou zijn om die vaststelling eerst aan de inschrijver voor te leggen alvorens te beslissen over de regelmatigheid. Dat in het prijsonderzoek is voorzien in de mogelijkheid tot herbevraging van de inschrijver, leidt niet tot een ander besluit. Uit de loutere mogelijkheid die artikel 36, § 2, laatste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 biedt, kan een inschrijver immers geen rechten putten ten aanzien van de aanbestedende overheid.

Overigens lijkt de aanbestedende overheid te dezen toch duidelijk te hebben gealludeerd op mogelijke problemen met de uitvoeringswijze die bestaat in het doorverkopen van verontreinigde zoden als teelaarde zonder er nadere bewerkingen op uit te voeren. De verzoekende partijen hebben echter die bemerking blijkbaar over het hoofd gezien en louter bevestigd dat de gronden enkel aan een eenvoudig organisch afbraakproces worden onderworpen. Een dergelijk procedé lijkt op het eerste gezicht inderdaad niet nuttig om verontreiniging met zware metalen (arseen, cadmium, chroom III, lood, zink), minerale olie, benzo(a)pyreen en PCB's te verhelpen. Het lijkt niet dat de aanbestedende overheid de verzoekende partijen daarbij opzettelijk heeft misleid. Dat de betrokken zoden ernstig verontreinigd zijn blijkt immers ondubbelzinnig uit

het bij het bestek gevoegd milieuhygiënisch onderzoek, dat de inschrijvers mogen worden geacht te hebben gelezen en te respecteren bij het opmaken van hun offerte.

9.6. Thans, in de procedure voor de Raad van State, doen de verzoekende partijen gelden dat de betrokken zoden een andere milieucode zouden moeten krijgen en wel zouden mogen worden afgevoerd en hergebruikt. Dit betoog kan niet worden aanvaard.

De verwerende partij lijkt in dit verband immers terecht op te merken dat de stukken waarop de verzoekende partijen hun argumentatie steunen *post factum*, na het indienen van de offerte en zelfs na het nemen van de gunningsbeslissing werden opgesteld, en blijkbaar pas in de aanloop naar het indienen van het verzoekschrift bij de Raad van State werden geformaliseerd en dus niet bij de offerte werden gevoegd. Aldus lijkt het niet dat de verzoekende partijen de aanbestedende overheid ten gepaste tijde hebben geïnformeerd over het volgens hen niet verontreinigd zijn van de af te graven zoden.

Er dient in dit verband te worden opgemerkt dat, indien een inschrijver van mening is dat het milieuhygiënisch bodemonderzoek zoals dat deel uitmaakt van de opdrachtdocumenten gebrekkig is, dit een dermate belangrijk element lijkt dat er van hem mag worden verwacht dat hij dit voor het indienen van zijn offerte aan de aanbestedende overheid meldt. Artikel 81 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 lijkt dat ook van hem te vereisen. Het blijkt niet dat de verzoekende partijen dat te dezen hebben gedaan. Minstens lijkt van een dergelijke inschrijver te mogen worden verwacht dat hij een verduidelijkende nota bij zijn offerte voegt over zijn veronderstellingen inzake het niet verontreinigd zijn van de betrokken zoden in afwijking van de opdrachtdocumenten. Een inschrijver die daarentegen zonder meer een uitvoeringswijze voorstelt die afwijkt van de milieuhygiënische vereisten die voortvloeien uit de opdrachtdocumenten, lijkt zich niet te mogen beklagen over het substantieel onregelmatig verklaren van zijn offerte op deze grondslag.

9.7. De verzoekende partijen maken aldus niet aannemelijk -minstens niet met de in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid

vereiste mate van ernst- dat hun offerte ten onrechte substantieel onregelmatig werd verklaard omwille van een inbreuk op het milieurecht.

Het eerste middelonderdeel dient dan ook te worden verworpen als niet ernstig.

Deze vaststelling leidt er meteen toe dat er in de huidige stand van het geding geen grond is om in te gaan op het tweede en derde middelonderdeel, nu deze grieven, zelfs indien ernstig, enkel betrekking hebben op de abnormale prijzen in de offerte van de verzoekende partijen en de voornoemde substantiële onregelmatigheid inzake milieueisen overeind laten.

Het middel is bijgevolg niet ernstig.

VII. Besluit

Er werd vastgesteld dat de beide middelen niet ernstig zijn. Bijgevolg dient de vordering te worden verworpen.

BESLISSING

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

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

4. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 400 euro en een bijdrage van 40 euro, elk voor de helft, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 januari 2019,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest