RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 245.766 van 15 oktober 2019
in de zaak A. 229.103/XII-8798

In zake: de NV JAN STALLAERT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stijn Butenaerts en Andy Hoedenaeken
kantoor houdend te 1080 Brussel
Leopold II laan 180
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, Federale Overheidsdienst
Mobiliteit en Vervoer
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Valentine de Francquen en Audrey Baeyens
kantoor houdend te 1050 Brussel
Flageyplein 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV ACLAGRO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Lemmens en Jelena Adriaenssens
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
de Burburestraat 6-8, bus 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 september 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van 19 juni 2019 houdende de gunning van de opdracht 'Uitbreiding van het kwalitatief hoogstaand openbaar vervoersnetwerk naar het noorden van

‡BFKTLCBFH-BDJAGHV‡

Brussel: Asbestverwijdering en afbraak van het Medical Centre opdracht van werken Openbare procedure' (bijzonder lastenboek nr. 1.26.1.17) voor een bedrag van 605.206,69 BTW (incl. btw) aan de firma nv Aclagro, en van aldus tevens de impliciete weigeringsbeslissing tot gunning aan [de nv Jan Stallaert]".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 24 september 2019 heeft de nv Aclagro gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 oktober 2019, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Andy Hoedenaeken, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Valentine De Francquen, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Kris Lemmens en Karolien Van Butsel, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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 werken met als voorwerp "Uitbreiding van het kwalitatief hoogstaand openbaar vervoersnetwerk naar het noorden van Brussel: Asbestverwijdering en afbraak van het Medical Centre".

‡BFKTLCBFH-BDJAGHV‡

Het betreft een overheidsopdracht in de speciale sectoren.

De opdracht heeft betrekking op diverse werken, waaronder grondaanvullingen en afwerking met steenslag.

3.2. De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 29 mei 2019.

3.3. De plaatsing van de opdracht gebeurt via een openbare procedure met alleen de prijs als gunningscriterium.

3.4. Artikel 4.4.1.4 van het toepasselijke bestek nummer 1.26.1.17 bepaalt:

> "4.4.1.4 Afwerking terrein na de sloopwerken
>
> Omschrijving
>
> 1/ Aanvullen van de putten op het terrein met verhardingen 20/40 mm als gevolg van het verwijderen van ingegraven constructies en elementen met een helling van 2% richting Vooruitgangstraat. De aanvulling dient tot op het niveau van 17,2m DNG te gaan.
>
> Materiaal: zand voor onderfunderingen volgens TB2015-C.2.4 (m^3)
>
> Aanvulgronden dienen hiernaast eveneens te voldoen aan de opgelegde voorwaarden volgens de Code van Goede Praktijk inzake gebruik van aanvulgronden en ophogingen, opgesteld door Brussel Leefmilieu dd 01/01/2017. In geen geval mogen gronden vermengd worden met gronden van een betere kwaliteit om aan voormelde voorwaarden te voldoen. De opdrachtnemer dient hierbij de Code van Goede Praktijk te volgen en de nodige bodemanalyses uit te voeren op de gronden die hij wenst aan te wenden voor deze aanvullingen – zie http://document.environnement.brussels/opac_css/elecfile/IF_BODEM_VoorwaardenAanvulgrond.pdf"

3.5. De opening van de offertes vindt plaats op 1 juli 2019.

‡BFKTLCBFH-BDJAGHV‡

3.6. Vier offertes worden ingediend:

- sa S.B.M.I.:
515.029,60 euro, btw inbegrepen
- nv Aclagro:
605.260,69 euro, btw inbegrepen
- nv Jan Stallaert:
846.429,24 euro, btw inbegrepen
- sa Valens:
919.130,50 euro, btw inbegrepen.

3.7. De sa Valens wordt niet geselecteerd.

De offerte van de sa S.B.M.I. wordt onregelmatig verklaard.

3.8. Bij brief van 4 juli 2019 vraagt de verwerende partij aan de nv Aclagro een verantwoording voor de eenheidsprijzen van post 61.

Bij brief van 8 juli 2019 heeft de nv Aclagro haar prijs-verantwoording bezorgd.

In de bestreden beslissing worden de argumenten van de nv Aclagro weergegeven als volgt:

> "- de volledige werken kunnen in eigen beheer uitgevoerd worden door middel van machines en personeel van Aclagro. De aangewende tarieven zijn bijgevolg gunstiger dan ingeval we beroep zouden moeten doen op onderaanneming. Aanvullend benadrukken we nogmaals dat ons personeel gespecialiseerd en zeer ervaren is in dergelijke type werken. Hierbij kunnen [we] steeds beroep doen op modern materieel welke, ingevolge een preventieve onderhoudspolitiek, zeer performant ingezet kan worden en welke ons bijgevolg een hoog en constant rendement kan garanderen
> - de lokalisatie van de werf bezorgt ons opportuniteiten met betrekking tot de aanvoer van het aanvulzand. Gezien we een zeer grote werf hebben lopen in 1740 Ternat, Morettestraat 11 (slechts op 23 km van hoger genoemde werf) kunnen we aan zeer gunstige voorwaarden aanvulgrond (code 211 vrij hergebruik) leveren. De klant in Ternat betaal[t] deels voor de afvoer van zijn grond, dit maakt dat we enkel de lege retourvracht (1u/rit) in rekening dienen te brengen
> - gezien de omvang van onze organisatie (klasse 8) en de schaalgrootte van onze activiteiten kunnen we scherpe prijszettingen onderhandelen voor de afzet en schroot en andere afvalstromen

- gezien de ervaring met dergelijke werken bestaan er heel wat interne procedures die betrekking hebben op de aanpak en veiligheid van dergelijk type werken. Deze kennis biedt dit ons de garantie op een optimale voorbereiding en uitvoering van betreffende werf."

3.9. De verwerende partij aanvaardt de prijsverantwoording van de nv Aclagro en in bijlage A van de bestreden beslissing luidt het:

> "De directie heeft het antwoord van 08/07/2019 beoordeeld en heeft het ook voor advies overgelegd aan het studiebureau. Het antwoord werd bevredigend geacht op het vlak van organisatorische, technische en mathematische verantwoording. Het voornaamste punt betreft de gratis beschikbaarheid van de materialen als gevolg van de uitvoering van een grote werf in de buurt, waardoor er een duidelijke afname van de prijs is".

Op 19 augustus 2019 wordt met de bestreden beslissing de opdracht gegund aan de nv Aclagro.

Bij aangetekende brief en e-mailbericht van 2 september 2019 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat de opdracht niet aan haar is toegewezen. De gemotiveerde gunningsbeslissing is gevoegd als bijlage.

IV. Tussenkomst

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

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

‡BFKTLCBFH-BDJAGHV‡

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot de 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.

6.2. 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.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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.

‡BFKTLCBFH-BDJAGHV‡

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), artikel 74, §§1 en 3, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘betreffende de plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur “met name het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*”.

Op bladzijde 20 van haar verzoekschrift vat de verzoekende partij in een “conclusie” haar eerste middel samen:

> “De specifieke uitvoeringsmethode, bepaald door de voorschriften van artikel 4.4.1.4 van het bijzonder lastenboek, maakt een essentiële bepaling van het bestek uit.
>
> De nv Aclagro heeft in haar offerte aangeboden om de werken uit te voeren met aanvulgronden die niet voldoen aan de voorschriften van artikel 4.4.1.4 van het bijzonder lastenboek.
>
> Minstens heeft de nv Aclagro onzekerheid veroorzaakt door aanvulgronden voor te stellen die niet noodzakelijk zullen voldoen aan de voorschriften van artikel 4.4.1.4 van het bijzonder lastenboek.
>
> De offerte van de nv Aclagro is dienvolgens substantieel onregelmatig.
>
> Verweerster had bijgevolg geen andere keuze dan de offerte van de nv Aclagro onregelmatig en bijgevolg nietig te verklaren.
>
> Artikel 74§3 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren laat een aanbestedende overheid dienaangaande geen enkele keuzevrijheid.
>
> Het eerste middel is ernstig.”

‡BFKTLCBFH-BDJAGHV‡

De verzoekende partij licht toe nader toe waarom de bepaling van artikel 4.4.1.4 van het bijzonder bestek volgens haar een substantiële bepaling is.

De verzoekende partij vervolgt dat de gekozen inschrijver in zijn prijsverantwoording heeft aangegeven dat de aanvulgrond voldoet aan "code 211 bij hergebruik" in de bijlage V van het Vlarebo-besluit van 14 december 2007, terwijl het bestek voorschrijft dat de aanvulgrond dient te voldoen aan de Code van Goede Praktijk inzake gebruik van aanvulgronden en ophogingen. Tussen de codes uit het Vlarebo- besluit en de code van Goede Praktijk, opgesteld door Brussel Leefmilieu van 1 januari 2017, bestaan echter grote verschillen. Wat de aanwezigheid van asbest in de aanvulgrond betreft, gelden er bijvoorbeeld minder strenge normen in de Vlaamse regelgeving. De nv Aclagro heeft aldus een uitvoeringsmethode aangeboden die niet conform is met de besteksbepaling van artikel 4.4.1.4.

Beoordeling

8. In haar prijsverantwoording heeft de nv Aclagro melding gemaakt van de gratis beschikbaarheid van aanvulgrond als gevolg van de uitvoering van een grote werf in de buurt waardoor zij aan zeer gunstige voorwaarden " aanvulgrond (code 211 vrij hergebruik)" kan leveren.

De partijen lijken het er over eens dat er verschillen zijn tussen de Vlaamse en Brusselse bodemkwaliteitsnormen. De tussenkomende partij maakt wel gewag van het feit dat deze "nauwelijks" van elkaar zouden verschillen.

9. Het bijzonder bestek lijkt evenwel nergens te eisen dat een inschrijver reeds bij de indiening van zijn offerte met een specifiek bewijs aantoont dat de aanvulgrond conform de Brusselse bodemkwaliteitsnormen is, of dat bij gebreke hiervan de offerte nietig zou zijn.

10. Het vereiste van artikel 4.4.1.4 van het bijzonder bestek, dat de aanvulgronden moeten voldoen aan de Brusselse bodemkwaliteitsnormen, lijkt zich veeleer voor te doen als een uitvoeringsmodaliteit van de opdracht en aldus te

‡BFKTLCBFH-BDJAGHV‡

situeren in de fase van de uitvoering ervan, overigens blijkbaar pas aan bod komend na de afbraakwerken.

11. Het lijkt voorts niet te kunnen worden uitgesloten dat vrij herbruikbare grond volgens de Vlaamse regelgeving ook mag worden aangewend in het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest. De vermelding, lopende de gunnings-procedure, door de nv Aclagro in haar prijsverantwoording van de code 211 lijkt ook niet in verband te mogen worden gebracht met haar intenties omtrent de naleving van de Brusselse bodemkwaliteitsnormen, lopende de uitvoering van de werken. De nv Aclagro doet er met deze vermelding op zichzelf niet van blijken dat zij de Brusselse bodemkwaliteitsnormen niet aanvaardt. Indien de nv Aclagro in haar prijsverantwoording overigens geen melding zou hebben gemaakt van de bewuste code 211, dan zou de verzoekende partij niet eens de betrokken concrete grief hebben kunnen aanbrengen. De verwerende partij merkt nog op dat de verzoekende partij van haar kant in haar offerte ook nergens aangeeft van waar haar aanvulgrond komt, laat staan bodemanalyses voorlegt, hetgeen zij ter terechtzitting niet tegenspreekt.

12. De verwerende partij mag dan ook worden bijgevallen in haar verweer dat de opgegeven code niet noodzaakte om de gekozen offerte onregelmatig te verklaren.

Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

13. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 43 en 44 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur “met name het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Op bladzijde 23 van het verzoekschrift vat de verzoekende partij in een "conclusie" het middel samen:

> "Verweerster heeft haar onderzoek naar de abnormale prijzen, die werden aangeboden door de NV Aclagro, niet op zorgvuldige wijze gevoerd. Verweerster heeft nagelaten te verifiëren of de verstrekte verantwoording wel in overeenstemming was met conform de voorschriften van het bestek.
>
> De bestreden beslissing steunt dan ook niet op afdoende en wettelijke motieven.
>
> Verweerster diende, overeenkomstig artikel 44§3, 2° van het Koninklijk besluit van 18 juni 2017 Plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren de offerte van de NV Aclagro als onregelmatig te beschouwen.
>
> Door [dit] niet te doen schond verweerster de aangehaalde wettelijke en reglementaire bepalingen, evenals de voorschriften inzake de zorgvuldigheidsplicht, die op haar rusten.
>
> Het tweede middel is ernstig".

De verzoekende partij licht nader toe dat de aangeboden beschikbaarheid van gratis aanvulgrond door de overheid niet is onderzocht op overeenstemming met de technische bepalingen van het bestek. De overige argumenten van de prijsverantwoording zijn algemene elementen die geenszins kunnen overtuigen en van tel zijn voor de meeste inschrijvers. De argumentatie van de nv Aclagro is dus ontoereikend om de post 61 te verantwoorden.

Beoordeling

14. Overeenkomstig artikel 43 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 onderwerpt de aanbestedende entiteit de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek en kan zij daartoe de inschrijvers verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken.

Indien uit dat prijs- of kostenonderzoek blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, dient de aanbestedende entiteit overeenkomstig artikel 44, § 1, van dat besluit een bevraging van deze prijzen of kosten uit te voeren.

Overeenkomstig artikel 44, § 2, verzoekt de aanbestedende entiteit bij de prijzen- of kostenbevraging de inschrijver om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de abnormaal geachte prijs of kost te verstrekken.

Overeenkomstig artikel 44, § 3, van datzelfde besluit beoordeelt de aanbestedende entiteit de ontvangen inlichtingen.

De aanbestedende entiteit beschikt over beoordelingsruimte om de gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden. De Raad van State mag zich bij een dergelijke beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur, hij mag desgevraagd wel nagaan of de motieven, op grond waarvan de bestreden beslissing tot het besluit komt dat er geen sprake is van abnormale prijzen, in aanmerking mogen worden genomen wat onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen.

Bij het onderzoek naar het afdoende karakter van de motieven moet rekening worden gehouden met het geheel van de in de bestreden beslissing uitgedrukte motieven en niet met één of meer door de verzoekende partij geciteerde en bekritiseerde onderdelen van de motivering op zich. Het volstaat immers dat de motivering in haar geheel afdoende is.

Ten slotte moet de formele motivering van de bestreden beslissing 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.

15. De prijsverantwoording, hiervoor weergegeven na randnummer 3.8., die door de bestreden beslissing wordt aanvaard, verwijst naar het in eigen beheer uitvoeren van de werken, de omvang van de onderneming en de ervaring met soortgelijke werken. De verantwoording is hier evenwel niet toe beperkt, zodat alleen reeds om die reden de verzoekende partij niet kan worden bijgevallen in haar stelling dat het hier gaat om een vage en abstracte verantwoording die naar

aanleiding van elk verzoek tot prijsverantwoording bij gelijk welke opdracht kan worden aangevoerd.

De vrijwel gratis beschikbaarheid van aanvulgrond als gevolg van de uitvoering van een werf in de buurt wordt immers in de prijsverantwoording aangegeven als bijzondere omstandigheid.

Uit de bespreking van het eerste middel is voorts gebleken dat de aanbestedende overheid geen onzorgvuldigheid kan worden verweten door in de betrokken fase van de plaatsingsprocedure de Brusselse kwaliteitsnormen niet te hanteren als een regelmatigheidsvereiste voor de offerte.

16. De verzoekende partij maakt, gelet op het voorgaande, op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid, door te besluiten dat de prijsverantwoording aanvaardbaar is, de aangevoerde regelgeving en beginselen zou hebben geschonden.

Het tweede middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

17. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

IX. Kosten

18. De tussenkomende partij vraagt om haar kosten, rechts-plegingsvergoeding inbegrepen, ten laste van de verzoekende partij te leggen.

De kosten van de tussenkomst zijn ten laste van de tussenkomende partij, die door artikel 30/1, § 2, laatste lid van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, uitdrukkelijk van het verkrijgen van een rechtsplegingsvergoeding wordt uitgesloten.

‡BFKTLCBFH-BDJAGHV‡

BESLISSING

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

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, 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 vijftien oktober tweeduizend negentien, 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**

‡BFKTLCBFH-BDJAGHV‡