

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 246.390 van 12 december 2019
in de zaak A. 229.549/XII-8831**

In zake: de NV ABOG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Gitte Laenen en Fabian Swennen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA VLAAMSE MAATSCHAPPIJ VOOR
WATERVOORZIENING (De Watergroep)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche, Ian Arnouts en
Cilia Mathieu
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 november 2019, strekt tot de
schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

“- De beslissing van 25 oktober 2019 uitgaande van De Watergroep, ter
kennis gebracht middels aangetekend schrijven d.d. 28 oktober 2019 en
per e-mail d.d. 28 oktober 2019, waarbij de offerte van Abog nv nietig
wordt verklaard wegens een substantiële onregelmatigheid voor alle
percelen in het kader van de opdracht ‘Raamovereenkomst voor het
reinigen van rioolkolken en dwarsroosters bij de Riopact vennoten en
Riopact gemeenten gelegen in Zone Oost en Zone West – Percelen 2, 3,
4 en 5’ ;
[...]

- De gunningsbeslissing van 25 oktober 2019 uitgaande van De Watergroep, waarbij de opdracht ‘Raamovereenkomst voor het reinigen van rioolkolken en dwarsroosters bij de Riopact vennoten en Riopact gemeenten gelegen in Zone Oost en Zone West – Percelen 2, 3, 4 en 5’ wordt gegund aan de firma VDV Cleaning nv voor wat betreft percelen 2 en 5 aan de firma De Vlieger R. en Cie bvba voor wat betreft de percelen 3 en 4.
- De impliciete beslissing van 25 oktober 2019 uitgaande van De Watergroep waarbij de opdracht ‘Raamovereenkomst voor het reinigen van rioolkolken en dwarsroosters bij de Riopact vennoten en Riopact gemeenten gelegen in Zone Oost en Zone West – Percelen 2, 3, 4 en 5’ niet wordt gegund aan ABOG nv.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 december 2019, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Gitte Laenen en Fabian Swennen, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaten Ian Arnouts en Cilia Mathieu, die verschijnen voor de verwerende 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 cvba Vlaamse Maatschappij voor Watervoorziening (hierna: de Watergroep) voert een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging inzake een overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp “Raamovereenkomst voor het reinigen van rioolkolken en dwarsroosters bij de Riopact vennoten en Riopact gemeenten gelegen in zone Oost en zone West – percelen 2, 3, 4 en 5”.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 24 mei 2019 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie op 28 mei 2019.

3.2. De economisch meest voordelige offerte wordt vastgesteld op grond van de beste prijs-kwaliteitverhouding, waarbij de volgende gunnings-criteria beoordeeld worden:

- Prijs (80 punten) en
- Kwaliteit van de dienstverlening (20 punten).

3.3. De Watergroep ontvangt drie offertes, namelijk van de nv Abog, de bvba De Vlieger R. en Cie en de nv VDV Cleaning.

3.4. Ingevolge het onderzoek van de prijzen is de Watergroep van oordeel dat de in de offerte van de nv Abog geboden prijzen abnormaal laag lijken.

De Watergroep vraagt de nv Abog op 13 september 2019 bijgevolg om een verantwoording voor deze prijzen te geven.

3.5. Bij brief van 23 september 2019 verstrekt de nv Abog haar prijsverantwoording, die een twintigtal bladzijden omvat.

3.6. In het gunningsverslag wordt vastgesteld dat zowel het totaalbedrag als het bedrag van een of meer niet verwaarloosbare posten een abnormaal karakter vertonen en de offerte substantieel onregelmatig dient te worden verklaard, op grond van de volgende motivering :

“De offertes van de geselecteerde inschrijvers werden onderzocht op vlak van hun regelmatigheid.

[...]

Uit dit onderzoek is gebleken dat de offerte van volgende inschrijver voor percelen 2, 3, 4 en 5 substantieel onregelmatig is:

- ABOG nv, Vantegemstraat 19, B-9230 Wetteren, België

Motivatie:

Conform artikel 43 van het KB Plaatsing van 18 juni 2017 onderwierp De Watergroep de ingediende offertes aan een prijsonderzoek. Hieruit bleek dat er in de offerte van de firma ABOG nv prijzen werden aangeboden die abnormaal laag leken. In toepassing van artikel 44 van het KB Plaatsing van 18 juni 2017 heeft de Watergroep de firma ABOG nv, dd. 13 september 2019, bevraagd voor het totale offertebedrag en volgende posten.

- ☐ Perceel 2
 - ☐ Artikel A1, A3, A4.1, A4.2, A4.3
- ☐ Perceel 3
 - ☐ Artikel B1, B3, B4.1, B4.2, B4.3
- ☐ Perceel 4
 - ☐ Artikel C1, C3, C4.1, C4.2, C4.3
- ☐ Perceel 5
 - ☐ Artikel D1, D4, D4.2, D4.3

[...]

Aantal rioolkolken te reinigen per dag

De firma ABOG nv geeft in haar prijsverantwoording aan dat ze voor perceel 2, artikel A1 350 rioolkolken per dag kan reinigen. Ze steunt hiervoor op de reële rendementen die door haar zusterbedrijf Willer bvba zijn gehaald in de zomerronden van 2019. Echter stemt dit niet overeen met de door Willer bvba uitgevoerde diensten bij De Watergroep, gedurende het afgelopen jaar (november 2018 tot oktober 2019). Gedurende de winterronde reinigde Willer bvba gemiddeld 232 rioolkolken per dag. We kunnen dit cijfer corrigeren (+20%) naar 280 rioolkolken per dag, gezien dit de eerste ronde betrof en er bijgevolg sprake zou kunnen zijn van een gebrek aan ervaring met het specifieke perceel. Indien we dit aantal toepassen in de berekening van de firma ABOG nv in haar prijsverantwoording, betekent dit dat er voor perceel 2, artikel A1 dagelijks € 109,85 verlies is.

Voor de overige percelen gaf de firma ABOG nv in haar prijsverantwoording aan dat de firma Willer bvba volgende reële rendementen gehaald heeft in de zomerronde van 2019.

- ☐ Perceel 3
 - ☐ Artikel B1: 350 rioolkolken
- ☐ Perceel 4:
 - ☐ Artikel C1: 300 rioolkolken

- ☐ Perceel 5:
 - ☐ Artikel D1: 300 rioolkolken

Uit de cijfers van de door Willer bvba aan De Watergroep geleverde diensten blijkt evenwel dat deze aantallen niet stroken met de realiteit. Willer bvba behaalde voor de percelen 3-5 in de zomerronde volgende aantallen.

- ☐ Perceel 3:
 - ☐ Artikel B1: gemiddeld 280 rioolkolken
- ☐ Perceel 4:
 - ☐ Artikel C1: gemiddeld 173 rioolkolken
- ☐ Perceel 5:
 - ☐ Artikel D1: gemiddeld 225 rioolkolken

Indien we het gemiddeld aantal effectief gereinigde rioolkolken toepassen in de berekening van de firma ABOG nv in haar prijsverantwoording maakt dit dat firma dagelijks met de volgende verliezen werkt.

- ☐ Voor perceel 3:
 - ☐ Artikel B1: €109,85/dag
- ☐ Voor perceel 4:
 - ☐ Artikel C1: €309,46/dag
- ☐ Voor perceel 5:
 - ☐ Artikel D1: €128,50/dag

Afmeting reinigen dwarsrooster

De firma ABOG nv geeft voor het reinigen van een dwarsrooster van onderstaande posten aan dat ze uitgaat van een bestelling van 40 meter.

- o Perceel 2
 - ☐ Artikel A4.1
 - ☐ Artikel A4.2
 - ☐ Artikel A4.3
- o Perceel 3
 - ☐ Artikel B4.1
 - ☐ Artikel B4.2
 - ☐ Artikel B4.3
- o Perceel 4
 - ☐ Artikel C4.1
 - ☐ Artikel C4.2
 - ☐ Artikel C4.3
- o Perceel 5
 - ☐ Artikel D4.2
 - ☐ Artikel D4.3

De ervaring van De Watergroep leert dat dit steeds beperkte afmetingen betreft. 40 meter aaneengesloten dwarsroosters komen nooit voor. Het betreft opdrachten van gemiddeld 10 meter dwarsroosters per opdracht. Bijgevolg overschat ABOG nv de opbrengst in grote mate. Indien we dit getal (10 meter) toepassen in de berekening van de firma ABOG nv in haar prijsverantwoording zal de door de firma ABOG nv opgegeven winst verlies uitmaken.

- ☐ Voor perceel 2:
 - ☐ Artikel A4.1: € 150,94/dag
 - ☐ Artikel A4.2: € 183,67/dag
 - ☐ Artikel A4.3: € 216,41/dag

- ☐ Voor perceel 3:
 - ☐ Artikel B4.1: € 150,94/dag
 - ☐ Artikel B4.2: € 183,67/dag
 - ☐ Artikel B4.3: € 216,41/dag
- ☐ Voor perceel 4:
 - ☐ Artikel C4.1: € 110,94/dag
 - ☐ Artikel C4.2: € 143,67/dag
 - ☐ Artikel C4.3: € 176,41/dag
- ☐ Voor perceel 5
 - ☐ Artikel D4.2: € 103,67/dag
 - ☐ Artikel D4.3: € 136,41/dag”

3.7. De Watergroep beslist op 25 oktober 2019 om de offerte van de nv Abog substantieel onregelmatig te verklaren en de diverse percelen aan de volgende ondernemingen te gunnen :

- Perceel 2: nv VDV Cleaning
- Perceel 3: bvba De Vlieger R. en Cie
- Perceel 4: bvba De Vlieger R. en Cie
- Perceel 5: nv VDV Cleaning.

3.8. De Watergroep brengt de nv Abog per brief en e-mailbericht van 28 oktober 2019 op de hoogte van de beslissing tot het substantieel onregelmatig verklaren van de door de nv Abog ingediende offerte en om de opdracht bijgevolg niet aan haar te gunnen. De Watergroep voegt hierbij een uittreksel van het gunningsverslag.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 1913 ‘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 beslissingen 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5. Het enig middel is genomen uit de schending van:

- “- Artikel 81, §1, Overheidsopdrachtenwet;
 - Artikel 44, §§ 1, 2 en 3, van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren;
 - Artikel 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen;
 - De algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.
- Doordat de verwerende partij het prijsonderzoek niet adequaat en onzorgvuldig heeft gevoerd;
- Doordat de verwerende partij haar motieven voor de onregelmatig-verklaring gesteund heeft op foute premisses en bijgevolg de motivering inhoudelijk foutief is;
- Doordat zij in haar verslag van nazicht eerst poneert dat er geen abnormale prijzen zijn om vervolgens verzoekster te weren op basis van de inhoud van haar prijsverantwoording;

Doordat verweerster het prijsonderzoek heeft gevoerd op de eerste offertes, terwijl dit geenszins verplicht is;
Doordat verwerende partij prijsverantwoording heeft opgevraagd voor verwaarloosbare posten;
Terwijl artikel 44 KB §1, Plaatsing speciale sectoren voorschrijft dat bij de aanwending van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging de prijsbevraging wordt uitgevoerd op de laatst ingediende offertes.
En terwijl artikel 44 KB, §2, lid 5, KB Plaatsing speciale sectoren uitdrukkelijk stipuleert dat de aanbestedende overheid er niet toe gehouden is om verantwoordingen te vragen voor verwaarloosbare posten;
En terwijl de artikelen 2 en 3 van de Formele Motiveringswet voorschrijven dat de motivering die ten grondslag ligt aan de gunningsbeslissing afdoende dient te zijn;
En terwijl de materiële motiveringsplicht voorschrijft dat de motieven die de aanbestedende overheid aanhaalt feitelijk en juridisch correct en aanvaardbaar dienen te zijn;
En terwijl verwerende partij haar prijsonderzoek en de analyse van de prijsverantwoording op een zorgvuldige manier had dienen te voeren;
Zodat de opdracht niet werd gegund aan de laagst regelmatige inschrijver, zijnde verzoekster, waardoor gehandeld is in strijd met artikel 81 §1 Overheidsopdrachtenwet;
Dat de bestreden beslissingen de bepalingen en beginselen aangehaald in onderhavig middel schenden.”

Vervolgens wordt een toelichting bij dit middel gegeven overheen veertien bladzijden. De gegevens die meteen in verband kunnen worden gebracht met het hiervoor aangehaalde middel, lijken de volgende.

De verzoekende partij doet gelden dat het verzoek om prijsverantwoording *de facto* inhoudt dat voor omzeggens alle posten een verantwoording wordt gevraagd, met uitzondering van de posten A2, B2, C2 en D3, die betrekking hebben op “Opmeting in Lambert 72-coördinaten van de gereinigde kolken” maar dit betreft verwaarloosbare posten, net zoals de posten 4.1, 4.2 en 4.3 voor de percelen 2, 3 en 4 evenals trouwens de posten 5.1, 5.2 en 5.3 voor perceel 5.

Volgens de verzoekende partij bevreemdt het dat in het gunningsverslag onder “3.2 Prijs- of kostenonderzoek” enerzijds geen abnormale prijzen worden vastgesteld maar dan toch onder “3.3 Regelmatigheidsonderzoek van de offertes” wordt geconcludeerd dat bepaalde eenheidsprijzen zoals

opgegeven door de verzoekende partij als abnormaal dienen te worden beschouwd, om op grond daarvan de offerte van laatstgenoemde als substantieel onregelmatig te bestempelen.

De verzoekende partij is daardoor van oordeel dat het verslag van nazicht op dit punt manifest strijdig is met de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, of dat minstens dit verslag niet met de nodige zorgvuldigheid is geredigeerd.

Het blijft voorts gissen naar de beweegredenen van de verwerende partij om een prijsbevraging uit te voeren op de eerste offerte van de verzoekende partij, terwijl de verwerende partij geenszins daartoe verplicht was.

Artikel 44, § 1, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) is hierover immers helder: het uitgangspunt bij de aanwending van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging is dat de prijsbevraging wordt uitgevoerd op de laatst ingediende offertes.

Voorts stelt de verzoekende partij vast dat de verwerende partij haar beslissing tot het weren van de offerte van de verzoekende partij heeft geënt op twee “motieven” en zij beschrijft zulks in haar verzoekschrift als volgt.

In de eerste plaats, wat de posten A1, B.1, C.1 en D.1 betreft, is het motief dat het aantal te reinigen rioolkolken per dag zoals opgegeven door de verzoekende partij, en dus de op grond daarvan gegenereerde rendementen, onrealistisch zouden zijn, zodat de verzoekende partij in geen geval winst eruit kan puren en met verliescijfers werkt.

Voorts, wat de posten 4.1, 4.2 en 4.3 van de percelen 2, 3 en 4 en de posten 5.2 en 5.3 van perceel 5 betreft, wordt gemotiveerd dat de afmetingen van de te reinigen dwarsroosters die de verzoekende partij aanhoudt een overschatting betreffen. De verwerende partij is van oordeel dat de opdracht enkel dwarsroosters van gemiddeld 10 meter per opdracht betreft en niet van gemiddeld 40 meter zoals de verzoekende partij aannam.

6. In de eerste plaats doet de verzoekende partij bij die motieven dan gelden dat de verwerende partij geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid vervat in artikel 44, § 2, lid 6, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 om de verzoekende partij te herbevragen.

7. Voorts heeft volgens de verzoekende partij de verwerende partij onlogische linkjes gelegd tussen twee cruciale componenten, zijnde het rendement enerzijds en de aankoopprijs/afschrijvingskost anderzijds, waardoor zij een foutieve rekenoefening heeft gemaakt en op grond daarvan tot de onjuiste vaststelling is gekomen dat de verzoekende partij verlieslatend zou werken, *quod certe non*. Zulks leidt dan tot uitvoerige cijfermatige argumentaties in het verzoekschrift.

Volgens de verzoekende partij heeft zij – terecht – de aankoop-prijs/afschrijvingen van de nieuwe, derde en vierde generatie- kolkenzuigers, verwerkt in haar prijsverantwoording en heeft zij deze gekoppeld aan realistische gemiddelde rendementen van 350 kolken – en meer – per werkdag.

Tevens betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij, bij haar analyse van de prijsverantwoording van de verzoekende partij, geen rekening heeft gehouden met de eerdere ervaringen in hoofde van de verzoekende partij bij andere aanbesteders. Zo werd geen rekening gehouden met de stukken die de verzoekende partij heeft bijgevoegd waarop de eenheidsprijzen vermeld staan die werden opgegeven en aanvaard door Aquafin en Pidpa.

De verwerende partij blijkt zich volgens de verzoekende partij bovendien in hoofdzaak te hebben gesteund op de reinigingsbeurt die door de bvba Willer werd uitgevoerd in de winter van 2018. Er dient echter te worden vastgesteld dat de kolken in die periode extreem vervuild waren, te wijten aan het feit dat er in 2018 geen structureel onderhoud werd uitgevoerd op de rioolkolken. Immers, indien er effectief om de zes maanden een reiniging van de kolken wordt uitgevoerd, dan slinkt het aantal kg per kolk tot gemiddeld 15 kg (en in de zomer nog minder).

De verzoekende partij heeft de vergelijking gemaakt tussen de reinigingsbeurt uitgevoerd door de bvba Willer in de winter van 2018 en deze in de

zomer van 2019, dit op het vlak van de hoeveelheid opgeruimd slib en het gegenereerd rendement per aantal kolken. Er blijkt gemiddeld ongeveer 37 % meer slib per kolk te zitten in de winterbeurt 2018 ten opzichte van de zomerbeurt 2019 (21,62 kg/kolk tegenover 13,58 kg/kolk). Dit wijst duidelijk op de abnormale vervuiling van de kolken tijdens de eerste beurt, waardoor de initieel beoogde rendementen door de bvba Willer niet konden worden behaald. Het periodiek uitvoeren van een onderhoud van de kolken, doet de efficiëntie alleen maar stijgen, waardoor de opdrachtnemer sneller kolken kan reinigen en de vooropgestelde rendementen kan behalen. De verwerende partij mocht bij de beoordeling van de prijsverantwoording van de verzoekende partij dan ook niet zomaar uitgaan van de rendementen die door de bvba Willer werden behaald, aangezien deze rendementen een vertekend beeld gaven van de werkelijke rendementen die zouden kunnen worden behaald indien er geen abnormale vervuiling was geweest in de winter van 2018.

Er mag aldus, zo vervolgt de verzoekende partij, niets anders worden vastgesteld dan dat haar prijsverantwoording wel degelijk aantoonde dat de door haar opgegeven eenheidsprijzen voor de posten A.1, B.1, C.1 en D.1 realistisch en aanvaardbaar waren en dat de analyse van de verwerende partij is uitgegaan van manifest incorrecte uitgangspunten.

De bevindingen die voortvloeien uit de analyse van de verwerende partij zijn derhalve feitelijk onjuist en strijdig met de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen.

8. Wat het tweede, voormelde motief betreft, namelijk de afmetingen van de dwarsroosters, – posten 4.1, 4.2 en 4.3 van de percelen 2, 3 en 4 en posten 5.2 en 5.3 van perceel 5 –, betoogt de verzoekende partij dat de kritiek van de verwerende partij op de door de verzoekende partij in aanmerking genomen hoeveelheden niet ernstig is.

De veronderstelde afmeting van 40 meter betreft immers een inschatting, een gemiddelde afmeting op grond van bestellingen in soortgelijke uitvoeringsdossiers.

Bovendien blijkt uit het overzicht van de door de bvba Willer effectief uitgevoerde bestellingen, die door de verwerende partij perfect gekend zijn, dat een gemiddelde van 40 meter wel degelijk realistisch is.

De verzoekende partij acht de door haar geschatte afmetingen van de dwarsroosters bijgevolg geenszins onrealistisch.

Bovendien is het gegeven dat de verzoekende partij met de door haar opgegeven afmetingen verlies zou boeken, volstrekt ongeloofwaardig.

De verzoekende partij heeft geen intentie om een opdracht binnen te halen met als doel verliezen te boeken in plaats van winst.

In ondergeschikte orde moet volgens de verzoekende partij worden vastgesteld dat voor ieder perceel de voormelde posten, die gerelateerd zijn aan de reiniging van de dwarsroosters, moeten worden beschouwd als absoluut “verwaarloosbare posten” die geen werkelijke invloed hebben op de totaalprijs van ieder perceel.

De verzoekende partij verwijst in dat verband nog naar een arrest van de Raad van State van 21 december 2017, nr. 240.267, inzake nv Van Hulle Paul Grondwerken, waarin zou zijn geoordeeld dat een post met een waarde van minder dan 5 % ten opzichte van het totaal als een verwaarloosbare post beschouwd mag worden. *A fortiori* mag dan ook geponeerd worden dat de posten van de dwarsroosters alle verwaarloosbaar zijn, gelet op het gegeven dat zij zelfs nog niet eens een waarde van 1 % hebben ten opzichte van de totale waarde per perceel.

Met toepassing van artikel 44, § 2, lid 5, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 diende er aldus geen verantwoording te worden gevraagd door de verwerende partij.

Beoordeling

9. Artikel 43 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“De aanbestedende entiteit onderwerpt de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek. Daartoe kan de aanbestedende entiteit, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de wet, samen gelezen met artikel 153, 3°, van de wet, de inschrijvers verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken.”

Artikel 44 van hetzelfde besluit luidt:

“§ 1. Indien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 43 blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, voert de aanbestedende entiteit een bevraging van deze laatste uit. Wanneer gebruik wordt gemaakt van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging, de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging en de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging, wordt de bevraging uitgevoerd op de laatst ingediende offertes. Dit belet niet dat de aanbestedende entiteit deze bevraging reeds kan verrichten in een vroeger stadium van de procedure.

§ 2. Bij de prijzen- of kostenbevraging verzoekt de aanbestedende entiteit de inschrijver om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de abnormaal geachte prijs of kost te verstrekken binnen een termijn van twaalf dagen [...]

[...]

De aanbestedende overheid is er echter niet toe gehouden om verantwoordingen te vragen voor prijzen voor verwaarloosbare posten.

Zo nodig ondervraagt de aanbestedende entiteit de inschrijver opnieuw. Dit gebeurt schriftelijk. [...].”

10. De loutere omstandigheid dat in het gunningsverslag onder “3.2 Prijs- of kostenonderzoek” is te lezen dat “geen abnormale prijzen [werden] vastgesteld”, doet geen afbreuk aan het gegeven dat onder “3.3 Regelmatigheidsonderzoek van de offertes” wordt uiteengezet op welke wijze de prijzen voor een aantal posten een abnormaal karakter vertonen. De voornoemde, klaarblijkelijke verschrijving lijkt niet te volstaan om te oordelen dat een schending van de formelemotiveringsplicht of van de zorgvuldigheidsplicht of van allebei voorhanden is. Dit geldt des te meer omdat uit het verzoekschrift duidelijk blijkt dat de verzoekende partij op de hoogte is van de redenen waarom haar offerte

substantieel onregelmatig is bevonden en waartegen zij zich met haar enig middel uitgebreid verweert.

11. Artikel 44, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 laat uitdrukkelijk toe dat bij de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging, de prijsbevraging wordt uitgevoerd op de laatst ingediende offertes of in “een vroeger stadium van de procedure”. Dat de verwerende partij de bevraging op dat eerder moment hield, kan haar dus niet ten kwade worden geduid.

Wat de posten A.1, B.1, C.1 en D.1 betreft

12. De verzoekende partij betoogt dat geen herbevraging overeenkomstig artikel 44, § 2, laatste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 heeft plaatsgevonden, hoewel “het een en het ander uitgeklaard had kunnen worden”.

Een herbevraging is, zoals de verzoekende partij overigens zelf aangeeft, echter niet verplicht. Wanneer een inschrijver een verzoek tot prijsverantwoording ontvangt, moet hij weten dat dit een ernstige aangelegenheid is en dient hij 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. Een herkansingsmogelijkheid in het procedé van de prijsverantwoording is niet verplicht.

13. Voor post A.1 argumenteert de verzoekende partij in haar prijsverantwoording dat een rendement kan worden behaald van gemiddeld 350 kolken, gesteund op haar “vorige ervaring”, waarbij zij opmerkt dat in maart 2020 nieuwe kolkenzuigers worden geleverd, die toelaten het gemiddelde op te trekken naar 375 à 400 kolken per dag, opnieuw gelet op “ervaring”. Eenzelfde redenering wordt ontwikkeld in de prijsverantwoording voor post B.1.

Inzake post C.1 wordt dezelfde gedachtegang gevolgd, maar wegens het sterk verstedelijkt gebied waarin moet worden gewerkt, is het gemiddelde hier beperkt tot 300 kolken per dag, dat wordt opgetrokken tot 325 à 350 bij levering van de nieuwe kolkenzuigers in maart 2020.

Wegens de landelijke, heuvelachtige zone waarin de werken zich situeren voor wat post D.1 betreft, zijn daar identieke gemiddelden van toepassing als voor post C.1.

In de algemene verantwoording van de aangeboden prijzen wordt de vergelijking gemaakt met de werken verricht door “[z]usterbedrijf Willer bvba” en is te lezen dat de prijzen zijn gesteund “op de reële rendementen die gehaald zijn in de zomerbeurt 2019 (zusterbedrijf Willer)”. Ook wordt gewezen op de levering van drie nieuwe kolkenzuigers, die is voorzien voor “maart-april 2020”, naast de twee nieuwe modellen die al in april 2019 werden geleverd.

14. De verzoekende partij merkt in haar verzoekschrift op dat zij zich, in haar prijsverantwoording, steunde op “haar vorige ervaringen” – in meervoudsvorm verwoord – en dat de verwerende partij zich enkel liet leiden door haar eigen “ervaring” met de bvba Willer.

Nochtans blijkt ontegenzegglijk uit de prijsverantwoording dat daar wordt gesteund op een enkelvoudige ervaring, namelijk dat “de prijzen aangepast en gebaseerd [zijn] op de reële rendementen die gehaald zijn in de zomerbeurt 2019 (zusterbedrijf Willer)”.

15. Rekening houdend met de daadwerkelijke inhoud van de prijsverantwoording, stond de verwerende partij aldus niets in de weg om te steunen op de rendementen van de bvba Willer bij het onderzoek van de verantwoording gegeven door de verzoekende partij.

Volgens de verzoekende partij in haar verzoekschrift werden door de bvba Willer oude kolkenzuigers van de eerste generatie gebruikt of kolkenzuigers van de tweede generatie, terwijl voor de in het geding zijnde opdracht door de verzoekende partij “nieuwe(re) voertuigen worden ingezet” van de derde generatie alsook drie “nieuw bestelde kolkenzuigers” van de vierde generatie, met levering “voorzien [...] voor begin 2020”.

Een dergelijke verduidelijking, wat de “nieuwe(re) voertuigen” betreft, is echter niet terug te vinden in de prijsverantwoording, behalve dan in de

vermelding dat in april 2019 twee nieuwe kolkenzuigers werden geleverd. Uit de offerte van de verzoekende partij blijkt dat van de 14 wagens waarover zij beschikt, er twee “4 maand geleden zijn [...] binnengekomen”. Hoewel niet kan worden uitgesloten dat een dergelijke vernieuwing een rendementsverhoging met zich meebrengt, is in het plan van aanpak in de offerte van de verzoekende partij reeds melding gemaakt van het gebruik van die nieuwere voertuigen, waarbij wordt beschreven dat een gemiddelde wordt behaald, dat onder dat ligt van wat is opgenomen in de prijsverantwoording voor posten A.1 en B.1. Evenmin weerlegt het betoog inzake de nieuw bestelde kolkenzuigers de motivering in het gunningsverslag: in het verzoekschrift wordt de levering vooropgesteld “begin 2020”, terwijl in de prijsverantwoording wordt gesproken over maart-april 2020.

In het verzoekschrift wordt voorts de indruk gewekt dat de bvba Willer werkte met oudere kolkenzuigers, terwijl de verzoekende partij nieuwe of nieuwere modellen zou inzetten voor voorliggende opdracht. Zo wordt in het verzoekschrift uitdrukkelijk vermeld :

“Het betreft oudere kolkenzuigers die uiteraard een lager rendement behalen dan de nieuwe(re) kolkenzuigers die de verzoekende partij heeft vooropgesteld in te zetten voor onderhavige overheidsopdracht.”

Nochtans blijkt uit het plan van aanpak in de offerte van de verzoekende partij dat zij heeft voorgesteld om nog altijd oudere kolkenzuigers te gebruiken, samen met de andere modellen. Minstens is hiermee de redenering van de verwerende partij, gesteund op de rendementen behaald door de bvba Willer waaraan de verzoekende partij refereert in haar prijsverantwoording, niet weerlegd.

16. In haar prijsverantwoording wordt door de verzoekende partij uiteengezet dat de afschrijvingskost 240 euro per werkdag bedraagt voor de kolkenzuigers. In het verzoekschrift ontwikkelt zij echter een argumentatie die uitgaat van een afschrijvingskost van 40 euro per werkdag voor de oudere wagens, en die moet leiden tot het oordeel dat de verwerende partij een rekenfout heeft begaan, te weten een onterechte koppeling van de rendementen van de oudere kolkenzuigers aan de aankooprijzen/afschrijvingen van de kolkenzuigers van de

derde generatie (aangekocht in 2019) en van de vierde generatie (levering in maart-april 2020).

Het is echter de verzoekende partij zelf die zich in haar prijsverantwoording beperkt tot een bespreking van de afschrijving die gebeurt over vijf jaar, dus 240 euro per werkdag, waarbij zij het heeft over “[o]nze kolkwagens kosten 240.000 [euro]”. Dat de gemiddelde aankoop prijs van een oudere wagen 24.000 euro bedraagt met een afschrijvingskost van 40 euro per werkdag en dat bij de beoordeling van de prijsverantwoording daarvan diende te worden uitgegaan, werpt zij voor het eerst op in de procedure voor de Raad van State, een gegeven waarmee de verwerende partij dan ook geen rekening kon houden.

Eenzelfde vaststelling geldt bij de voorstelling van de reële rendementen van de kolkenzuigers van de derde generatie, die de verzoekende partij voorlegt als bijlage bij haar verzoekschrift: die gegevens werden niet bezorgd aan de verwerende partij bij de prijsverantwoording en mogen de aanbestedende instantie dus niet worden tegengeworpen. Daarenboven volgt uit het plan van aanpak dat slechts twee van de 14 kolkenzuigers waarover de verzoekende partij beschikt, van de derde generatie lijken te zijn. De laatst aangekochte kolkenzuigers zijn alvast nog niet inzetbaar en moeten eerst worden geleverd.

17. In de prijsverantwoording wordt verwezen naar “dezelfde of lagere prijzen bij andere openbare besturen zoals bv ‘De Pidpa’ of Aquafin”. In de nota van de verwerende partij wordt daarbij aangegeven:

“Het blijkt evenwel niet welke rendementen er tijdens die opdrachten effectief gehaald zijn en of de prijzen dus niet ook in deze opdrachten abnormaal laag waren. Integendeel, is er met betrekking tot de opdracht bij Pidpa twijfel of deze wel naar behoren is uitgevoerd, nu in de ‘Planning Watergroep Zomerruiming 2019’ die verzoekende partij aan verwerende partij bezorgde, bij de verdeling van de vrachtwagens immers te lezen valt: “Achterstand Pidpa moet weggewerkt zijn” [...].

Wat de opdracht voor Aquafin betreft, wenst verwerende partij op te merken dat verzoekende partij hiervoor prijzen heeft opgegeven waar geen slibverwerking ([...] enkel afvoer van slib is inbegrepen) in inbegrepen was

(i.t.t. bij onderhavige opdracht[...]), het voorwerp van de opdracht is dus verschillend.”

Dit verweer wordt bijgevalen, minstens is de argumentatie ter zake in de prijsverantwoording niet op die wijze opgesteld dat de verwerende partij zich niet, gelet op de redactie van die verantwoording, mocht steunen op de prijzen gesteund op de reële rendementen die gehaald zijn in de zomerbeurt 2019 door het zusterbedrijf Willer. Uit het gunningsverslag volgt voorts dat de verwerende partij zich niet, zoals de verzoekende partij betoogt, “in hoofdzaak [heeft] gebaseerd op de reinigingsbeurt die door Willer BVBA werd uitgevoerd in de winter van 2018”. In hoofdzaak worden immers in het gunningsverslag de aantallen in de zomerronde van 2019 aangewend voor de motivering.

Wat de posten 4.1, 4.2 en 4.3 van de percelen 2, 3 en 4 en de posten 5.2 en 5.3 van perceel 5 betreft

18. De verzoekende partij erkent in haar prijsverantwoording:

“Ook moet men weten dat de post 1 namelijk het reinigen van de kolk voor meer dan 95% tot zelfs 98% deel uitmaakt van het werk en dit voor zowel perceel 2,3,4 en 5. Dwz dat posten 2,3,4.1,4.2,4.3 samen slecht een paar procenten uitmaken van het contract reinigen van rioolkolken.”

Wat de hiervoor in randnummer 12 besproken posten A.1, B.1, C.1 en D.1 betreft, leek niet aangetoond dat de verwerende partij onterecht tot het besluit was gekomen dat de opgegeven prijzen een abnormaal karakter vertonen en dat bijgevolg ook het totaalbedrag, gelet op het belang van die posten, een dergelijk karakter vertoont. Bijgevolg ontbeert de verzoekende partij belang bij haar kritieken op de beoordeling van de prijsverantwoording van de posten 4.1, 4.2 en 4.3 van de percelen 2, 3 en 4 en de posten 5.2 en 5.3 van perceel 5, die de dwarsroosters betreffen, en die volgens de verzoekende partij “absoluut” verwaarloosbare posten zijn. Zelfs indien de kritieken in kwestie terecht zijn, ondergraven zij de vaststelling niet dat voor andere, niet-verwaarloosbare posten abnormale prijzen werden opgegeven.

19. Er lijkt aldus niet te zijn aangetoond dat de verwerende partij niet rechtmatig tot de vaststelling kwam dat zowel het totaalbedrag als het bedrag van een of meer niet-verwaarloosbare posten een abnormaal karakter vertonen. Evenmin lijkt aangetoond dat de verwerende partij onterecht de offerte van de verzoekende partij bijgevolg als substantieel onregelmatig heeft beschouwd.

Enige schending van de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen lijkt aldus niet voorhanden.

20. Het middel is niet ernstig.

VI. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. 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.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van twaalf december tweeduizend negentien, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest