

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 247.143 van 25 februari 2020
in de zaak A. 230.086/XII-8864**

In zake:

1. de BV VAN RAAK LOUIS
2. de NV DC INDUSTRIAL
samen vormend een tijdelijke maatschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Liesbeth Peeters
kantoor houdend te 2230 Herselt
Aarschotsesteenweg 7
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom Van Gestel
kantoor houdend te 2380 Ravels
Meiboomlaan 6

tegen:

1. de VLAAMSE MILIEUMAATSCHAPPIJ (VMM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stephane Libeer
kantoor houdend te 1040 Brussel
Sint-Michielslaan 55/10
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. de OPENBARE VLAAMSE
AFVALSTOFFENMAATSCHAPPIJ (OVAM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joris Wouters
kantoor houdend te 2600 Berchem
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij :

de BV VAN BEERS HOOGELOON
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Lemmens, Jan De Leyn en Cédric Vandekeybus
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 29 januari 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de [VMM] en OVAM van 18 december 2019 [...] waarbij de overheidsopdracht voor de aanneming van werken ‘Bodemsaneringswerken van de Winterbeek – deelgebied 3: Molenstede en Kraanrijk’, gegund bij openbare procedure:

- wordt beslist te gunnen aan de bv Van Beers Hoogeloon [...];
- impliciet wordt beslist niet te gunnen aan de tm Van Raak bvba – D.C.Industrial nv”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partijen hebben een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 11 februari 2020 heeft de bv Van Beers Hoogeloon gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 februari 2020, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Liesbeth Peeters, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Matthias Kirsch, die *loco* advocaat Stephane Libeer verschijnt voor de eerste verwerende partij, advocaat Lisa Van Besouw, die *loco* advocaat Joris Wouters verschijnt voor de tweede verwerende partij, en advocaat Kris Lemmens, die verschijnt 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. Rechtspleging - aanwijzing tegenpartij

3.1. De Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (hierna: OVAM), tweede verwerende partij, vraagt in haar nota met opmerkingen om buiten de zaak te worden gesteld. Zij wijst erop dat in het kader van de plaatsingsprocedure enkel de Vlaamse Milieumaatschappij (hierna: VMM) is opgetreden als aanbestedende overheid. De eerste verwerende partij, de VMM zelf, treedt in haar nota dat standpunt bij.

3.2. Uit het administratief dossier blijkt dat de litigieuze plaatsingsprocedure uitsluitend werd gevoerd door de VMM als aanbestedende overheid, en dat de bestreden gunningsbeslissing uitsluitend door de VMM werd genomen.

De OVAM, die slechts indirect bij de plaatsingsprocedure betrokken blijkt te zijn geweest, dient bijgevolg buiten de zaak te worden gesteld.

Met de verwerende partij wordt hierna bedoeld de VMM.

IV. Feiten

4.1. De VMM en de OVAM sluiten in 2011 en 2016 samenwerkingsovereenkomsten voor de uitvoering van een bodemsaneringsproject dat betrekking heeft op de Winterbeek in Tessenderlo, Beringen, Diest en Scherpenheuvel-Zichem.

4.2. In uitvoering van die samenwerkingsovereenkomsten schrijft de VMM een overheidsopdracht overeenkomstig artikel 48 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) uit, in naam van de VMM en de OVAM, voor “Bodemsaneringswerken van de Winterbeek – Deelgebied 3: Molenstede en Kraanrijk”.

Blijkens het bestek treedt enkel de VMM op als administratieve entiteit belast met de opvolging van de opdracht als aanbestedende overheid. Het betreft een opdracht voor werken. De opdracht wordt geplaatst met een openbare procedure. De waarde van de opdracht wordt geraamd op 2.156.423,50 euro, btw inbegrepen.

4.3. De opdracht wordt op 18 juli 2019 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

4.4. Het bestek voor deze opdracht voorziet in drie gunningscriteria:

- inschrijvingsbedrag (65 punten);
- plan van aanpak (25 punten); en
- geschiktheid en milieuprestaties van het machinepark dat ingezet zal worden op de werf (10 punten).

4.5. Op 29 augustus 2019 worden de offertes geopend. Er blijken drie offertes te zijn ingediend aan volgende totaalprijzen, btw inbegrepen:

- tm bv Van Raak – nv DC Industrial : 1.271.647,14 euro;
- bv Van Beers Hoogeloon : 1.374.560,00 euro; en
- nv DEC : 2.912.298,62 euro.

4.6. Met brieven van 11 september 2019 vraagt de VMM aan de tm bv Van Raak – nv DC Industrial en aan de bv Van Beers Hoogeloon om elk hun inschrijvingsprijs en de eenheidsprijzen van diverse posten te verantwoorden.

Beide inschrijvers dienen vervolgens een prijsverantwoording in.

4.7. Op 21 november 2019 wordt door de VMM een tussentijds verslag opgesteld. Hieruit blijkt dat de offertes van de tm bv Van Raak – nv DC Industrial en de bv Van Beers Hoogeloon elk een score van 95/100 punten krijgen. Dit tussentijds verslag komt tot het volgende besluit:

“Bij de beoordeling van de offertes wordt vastgesteld dat de offertes van de 2 laagste inschrijvers in gelijke mate als economisch voordeligst worden

beschouwd. Overeenkomstig artikel 87 § 2 van het KB van 18/04/2017 en latere wijzigingen, wordt besloten om de 2 laagste inschrijvers te verzoeken een schriftelijk verbeteringsvoorstel of prijsvermindering in te dienen.”

4.8. Vervolgens worden de twee laagste inschrijvers gevraagd om schriftelijke prijsverminderingen of verbeteringsvoorstellen voor hun offertes in te dienen. Zij verlagen vervolgens allebei hun totale offerteprijs naar volgende bedragen, btw inbegrepen:

- tm bv Van Raak – nv DC Industrial : 1.198.999,95 euro; en
- bv Van Beers Hoogeloon : 1.255.980,01 euro.

4.9. Op 13 december 2019 wordt een gunningsverslag opgesteld. Daarin worden de prijsverantwoordingen van de beide laagste inschrijvers aanvaard. Vervolgens worden hun offertes getoetst aan de gunningscriteria, waarna tot volgende eindrangschikking wordt gekomen:

- bv Van Beers Hoogeloon : 97/100 punten; en
- tm bv Van Raak - nv DC Industrial : 94/100 punten.

Er wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de bv Van Beers Hoogeloon.

4.10. Op 18 december 2019 beslist de VMM, verwijzend naar het gunningsverslag, om de opdracht te gunnen aan de bv Van Beers Hoogeloon.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

4.11. Met een aangetekende brief en een e-mailbericht van 15 januari 2020 geeft de VMM kennis aan de verzoekende partijen van het feit dat hun offerte niet werd gekozen en van de gunningsbeslissing.

V. Tussenkomenst

5. De bv Van Beers Hoogeloon heeft een verzoekschrift tot tussenkomenst ingediend. Zij is de begunstigde van de bestreden gunningsbeslissing

en heeft er dan ook belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens dient haar verzoek tot tussenkomst te worden ingewilligd.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

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 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.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. In een eerste middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van “artikel 84 van de Wet Overheidsopdrachten dd. 17 juni 2016 [...], artikel 35 en 36 van het KB Plaatsing dd. 18 april 2017 [...], de formele en de materiële motiveringsplicht, de zorgvuldigheidsplicht en het beginsel van gelijkheid van de inschrijvers”,

“doordat, bij de beoordeling van de prijsverantwoording die door de BV Van Beers Hoogeloon wordt gegeven, in hoofdzaak rekening wordt gehouden met zowel de voorkennis die door Van Beers Hoogeloon werd opgedaan lopende de uitvoering van de opdracht ‘deelgebied 2’ alsook op basis van de eigen ervaringen van de aanbestedende overheid uit de eerdere samenwerking met deze aannemer bij de uitvoering van de eerdere opdracht, terwijl een materieel gemotiveerde beslissing moet steunen op juiste en objectief vastgestelde feiten en enkel kan steunen op het bestek en op de elementen die werden aangereikt in de offertes.”

In de toelichting bij het middel wijzen de verzoekende partijen erop dat de prijsverantwoording rekening dient te houden met de in artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) opgesomde verantwoordingselementen. Aangezien het prijsonderzoek naar de prijzen van de gekozen inschrijver in grote mate is gesteund op voorkennis en eigen ervaringen van de aanbestedende overheid uit vroegere samenwerking met deze inschrijver, berust het prijsonderzoek volgens de verzoekende partij “op onregelmatigheden [...], waarbij het beginsel van gelijkheid van de inschrijvers werd geschonden”.

Beoordeling

8. In het eerste middel bekritiseren de verzoekende partijen het onderzoek van de totaalprijs van de offerte van de gekozen inschrijver en van diens prijsverantwoording voor zijn totaalprijs.

9. De aanbestedende overheid beschikt over een aanzienlijke beoordelingsruimte om de verantwoording die in het kader van een onderzoek naar abnormale prijzen wordt gegeven al dan niet te aanvaarden. Het komt niet aan de Raad van State toe om een eigen beoordeling in de plaats te stellen van deze van het bestuur, maar enkel om desgevraagd na te gaan of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de aangevochten beslissing in aanmerking mogen worden genomen, wat onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen en dat de appreciatie van het bestuur de perken van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten is gegaan.

Anders dan de verzoekende partijen het zien, mogen ook inlichtingen die niet afkomstig zijn van de inschrijver zelf bij de beoordeling van een prijsverantwoording worden betrokken. De aanbestedende overheid mag ook motieven hanteren die resulteren uit een eigen onderzoek, ter aanvulling van degene die zij afleidt uit het onderzoek van de prijsverantwoording.

Artikel 36, § 3, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 staat de aanbestedende overheid immers toe om “inlichtingen die niet afkomstig zijn van de inschrijver” te betrekken bij de beoordeling van een prijsverantwoording.

Daarnaast mogen attesten van goede uitvoering van gelijkaardige opdrachten voor andere aanbestedende overheden door een aanbestedende overheid als geruststellende elementen inzake het normale karakter van de prijzen in aanmerking worden genomen. Dit lijkt dan *a fortiori* te mogen gelden voor gegevens die blijken uit de eigen ervaringen van de aanbestedende overheid uit een eerdere samenwerking met de betrokken inschrijver bij de uitvoering van andere deelopdrachten uit eenzelfde overkoepelend project, zoals te dezen. Wel dient de aanbestedende overheid in een dergelijk geval aannemelijk te

maken welke de specifieke gunstige impact is van de eerdere ervaring van de betrokken inschrijver op diens prijszetting voor de huidige opdracht.

Ten slotte mag nog worden opgemerkt dat, anders dan de verzoekende partijen het zien, de opsomming van verantwoordingselementen in artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, op het eerste gezicht als exemplatief en niet als limitatief dient te worden aangemerkt.

10. In het gunningsverslag wordt over de totaalprijs en de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver, als volgt beslist:

“De offertebedragen van Van Beers Hoogeloon BV en TM Van Raak bvba – DC Industrial NV liggen beduidend lager dan de raming terwijl de offerte van DEC NV de raming ruim overschrijdt. De raming is gebaseerd op de inschrijvingsprijzen van de werken in deelgebied 2 die door Van Beers Hoogeloon BV conform de besteksbepalingen werden uitgevoerd. Van Beers Hoogeloon BV heeft bij de uitvoering van deze werken een grote technische expertise opgebouwd en kent de werkomstandigheden in het projectgebied zeer goed. Bovendien zijn de besteksbepalingen voor deze opdracht (i.u.v. de bepalingen van het bodemsaneringsproject) grotendeels gelijklopend met deze van deelgebied 2. Bij de opmaak van zijn prijsofferte kon Van Beers Hoogeloon BV bijgevolg beroep doen op een uitgebreide terreinkennis, kennis van bestekseisen en werkervaringen (haalbare rendementen, reële vast[e] kosten e.d.). In de prijsverantwoording d.d. 20/09/2019 (zie verder) argumenteert Van Beers Hoogeloon BV zijn ervaring met de werken in fase 2, de grondige voorbereiding met 3 terreinbezoeken én de lage kostenstructuur van het (familie)bedrijf. De totaalprijs van Van Beers Hoogeloon BV wordt aanvaard.”

11. Aldus blijkt de aanbestedende overheid op het eerste gezicht de verantwoording voor de totaalprijs van de gekozen inschrijver te aanvaarden op grond van drie motieven:

- diens ervaring met de werken in deelgebied 2;
- de grondige voorbereiding van de offerte met drie terreinbezoeken; en
- de lage kostenstructuur van het (familie)bedrijf.

Deze drie motieven lijken op het eerste gezicht in hun samenhang genomen een aanvaardbare verantwoording voor een op het eerste gezicht abnormaal lage totaalprijs te mogen vormen.

Wanneer de aanbestedende overheid in het kader van haar beoordeling van een prijsverantwoording meerdere aangevoerde verantwoordingselementen in aanmerking neemt, onderzoekt en aanvaardt, dient met deze motieven in hun geheel genomen rekening te worden gehouden bij het beoordelen van de wettigheid van de keuze om de prijsverantwoording te aanvaarden. Er lijkt in beginsel niet te kunnen worden volstaan, zoals de verzoekende partijen te dezen doen, om één element van die motivering te isoleren en daarop kritiek te leveren.

Overigens mag worden opgemerkt dat de totaalprijs van de verzoekende partijen beduidend lager ligt dan die van de gekozen inschrijver.

12. Wat het motief inzake de ervaring van de gekozen inschrijver met de werken in deelgebied 2 betreft, mag worden aangenomen dat dit *prima facie* inderdaad het belangrijkste van de drie motieven lijkt te vormen.

De verwerende partij lijkt dat motief evenwel niet zonder meer te hebben aangehaald, zoals de verzoekende partijen willen laten uitschijnen, maar zij heeft in het gunningsverslag ook *in concreto* aannemelijk gemaakt wat de specifieke gunstige impact daarvan is op de prijszetting van de betrokken inschrijver voor de huidige opdracht. De verwerende partij wijst immers op de grote technische expertise en werkervaring die de inschrijver heeft opgebouwd in deelgebied 2 (haalbare rendementen, reële vaste kosten e.d.), het feit dat hij de werkomstandigheden in het projectgebied zeer goed kent en dus een uitgebreide terreinkennis heeft en het feit dat het bestek voor deelgebied 2 en deelgebied 3 van het project grotendeels gelijklopend is zodat de betrokken inschrijver uitgebreide kennis heeft van de vereisten van het bestek.

13. Er blijkt niet, minstens niet op het eerste gezicht, dat het onderzoek naar de totale offerteprijs van de gekozen inschrijver te dezen zou zijn gevoerd met schending van de in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen.

14. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

15. In een tweede middel voeren de verzoekende partijen de schending aan “van artikel 81 van de Wet Overheidsopdrachten, de formele en materiële motiveringsplicht, de zorgvuldigheidsplicht en het beginsel van gelijkheid van de inschrijvers”,

“doordat de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de offerte van de BV Van Beers Hoogeloon uitdrukkelijk rekening houdt met de ervaring die door deze inschrijver werd opgedaan en de technieken die door deze inschrijver werden toegepast in de loop van de uitvoering van een eerdere opdracht, zonder dat deze elementen onderdeel uitmaken van de offerte en het plan van aanpak van deze inschrijver, terwijl een materieel gemotiveerde beslissing moet steunen op juiste en objectief vastgestelde feiten en enkel kan steunen op het bestek en op de elementen die werden aangereikt in de offertes.”

16. De verzoekende partijen betogen dat wat het “(sub)gunningscriterium A.: ‘werkwijze van de ontwatering met inrichtingsvoorstel ter hoogte van deze ontwateringslocatie’” van het tweede gunningscriterium “plan van aanpak” betreft, zij in een specifieke uitvoeringsmethode hadden voorzien met onderdrainage, waarmee een snelle ontwatering van het slib wordt gegarandeerd. De gekozen inschrijver had niet in deze techniek voorzien. Uit het gunningsverslag blijkt, hoewel zulks niet uitdrukkelijk wordt toelicht in het plan van aanpak door de bv Van Beers Hoogeloon, dat de aanbestedende overheid op grond van eerdere “ervaring” die zij bij de uitvoering van de opdracht in deelgebied 2 met deze inschrijver heeft opgedaan, afleidt dat ook de oplossing die door deze inschrijver wordt voorgesteld, aantoont dat “ook met deze aanpak het slib tijdig kan ontwateren”. Op grond van deze beoordeling wordt aan de verzoekende partijen 1 punt minder toegekend. Volgens de verzoekende partijen mag er bij de beoordeling van de offertes enkel rekening worden gehouden met de aanpak die in de offerte zelf is voorgesteld en mag er door de aanbestedende overheid geen rekening worden gehouden met ervaring die zij met een van de inschrijvers heeft opgedaan bij eerdere opdrachten. In de gunningsbeslissing wordt niet verduidelijkt

in welke mate de uitvoering van de opdracht in deelgebied 2 kan worden vergeleken met de uitvoering van de opdracht in deelgebied 3. “Ook op dit punt bevat de beoordeling van de offertes een onzorgvuldigheid en ontbreekt de (formele) motivering van de gunningsbeslissing”, aldus de verzoekende partijen.

De verzoekende partijen betogen voorts dat wat het “subgunningscriterium D ‘organisatie van grond-en slibtransport op de werf, van de ontgravingszone naar de uitlek/overslagzone”” betreft, zij 1 punt minder krijgen toegekend, waarbij de gekozen inschrijver “wordt [...] beoordeeld ten opzichte van de verzoekende partijen doordat de door he[m] voorgestelde techniek ‘bijzonder succesvol’ is gebleken ‘in deelgebied 2’”. De beide offertes worden gelijk beoordeeld, maar aan de gekozen inschrijver wordt één extra punt toegekend, nu er wordt gebruikgemaakt van een techniek die de overheid op grond van ervaring uit een vroegere opdracht als meer gunstig beschouwt. Hierbij wordt de offerte van de gekozen inschrijver beoordeeld ten opzichte van deze van de verzoekende partijen, niet op grond van hetgeen in de offerte is uiteengezet, maar op grond van de ervaring die is gebleken uit de uitvoering van een vorige opdracht. Ook hier wordt in de gunningsbeslissing niet verduidelijkt in welke mate de uitvoering van de opdracht in deelgebied 2 kan worden vergeleken met de uitvoering van de opdracht in deelgebied 3.

Beoordeling

17. In het tweede middel doen de verzoekende partijen een kritiek gelden op de toetsing van de offertes aan de hand van twee subcriteria van het tweede gunningscriterium “plan van aanpak”.

De aanbestedende overheid beschikt bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een aanzienlijke beoordelingsruimte. Het komt de Raad van State niet toe een eigen beoordeling in de plaats te stellen van deze van het bestuur. Desgevraagd mag de Raad wel nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

18. De toetsing van de offertes aan het subcriterium “A. werkwijze van de ontwatering met inrichtingsvoorstel ter hoogte van deze ontwateringslocaties” van het tweede gunningscriterium “plan van aanpak” in het gunningsverslag, luidt:

“- TM Van Raak bvba - DC Industrial N.V stelt een zeer gedetailleerd inrichtingsvoorstel van de ontwateringslocaties voor dat rekening houdt met de concrete terreinspecifieke omstandigheden en de te bergen slibvolumes. De aannemer voorziet een bekken met een onderdrainage wat een gunstig effect heeft op de ontwateringstijd. Een positief punt is dat in het voorstel wordt geanticipeerd op een mogelijke overschrijding van de opgelegde lozingsnormen waarbij de maatregelen worden beschreven om aan de normen te voldoen.

- Van Beers Hoogeloon BV geeft een gedetailleerde omschrijving van de inrichting van de ontwateringslocaties incl. beschrijving bodem-beschermende maatregelen en losfaciliteiten. De aannemer voorziet geen onderdrainage. De ervaring in deelgebied 2 toont aan dat ook met deze aanpak het slib tijdig kan ontwateren. Een grote meerwaarde van de inrichting is het gebruik van de voorgestelde losbrug. Bij gebruik van de losbrug kan het slib gelost worden zonder mors op de vrachtwagen of omgeving. Bovendien worden hierbij de taluds van het ontwateringsbekken niet belast waardoor een beschadiging van de folie of een verzakking van de bekkendijk wordt voorkomen. Deze aanpak draagt sterk bij tot een zuiver werkterrein wat van groot belang is bij de uitvoering van de afgelopen saneringsweken. Vooral in deelgebied 1 bleek dit gedurende de ganse looptijd van de werken een bijzonder aandachtspunt dat moeilijk onder controle te houden was.

Het voorstel van Van Beers Hoogeloon BV, met de losbrug, scoort op dit vlak het beste. Het voorstel van TM Van Raak bvba – DC Industrial N.V. krijgt 1 punt minder.”

19. Anders dan de verzoekende partijen het zien, berust het feit dat hun offerte hier 1 punt minder krijgt op het eerste gezicht niet louter op welke ontwateringstechniek de inschrijvers zullen gebruiken en de ervaring die met de door de gekozen inschrijver voorgestelde ontwateringstechniek is opgedaan in deelgebied 2 van het totaalproject. Integendeel blijkt in de evaluatie van de offerte van de gekozen inschrijver bijzonder belang te zijn gehecht aan de diverse voordelen van diens gebruik van een losbrug bij de inrichting van de ontwateringslocatie.

Het tweede middel mist op dit punt reeds op het eerste gezicht feitelijke grondslag.

20. Daarnaast kan een verzoekende partij die een ernstige kritiek wil leveren op de toetsing door de aanbestedende overheid van de offertes aan de hand van de gunningscriteria er niet mee volstaan één of meerdere uit hun context gehaalde onderdelen van de motivering selectief te citeren en te bekritisieren. Het is immers de toetsing van de offertes in haar geheel genomen die afdoende moet zijn.

Te dezen blijkt in het gunningsverslag reeds op het eerste gezicht een afdoende vergelijking van de offertes te zijn verricht, waarbij het aanbod van de inschrijvers uitvoerig wordt getoetst aan de verwachtingen van de overheid, met uitgebreide vermelding en vergelijking van de respectieve sterke en zwakke punten van elk van de ingediende offertes. De toetsing van de offertes aan het tweede gunningscriterium en de diverse subcriteria ervan beslaat in het gunningsverslag meer dan drie bladzijden. Kritiek op één geïsoleerd punt uit die omstandige beoordeling volstaat op het eerste gezicht niet om te mogen besluiten tot de onwettigheid van die beoordeling in haar geheel genomen.

Dit nog daargelaten de vaststelling dat het op zich geenszins onzorgvuldig lijkt van de aanbestedende overheid om bij het evalueren van een technische werkwijze, zoals te dezen, in het kader van een ruimer geheel aan motieven ook te wijzen op de succesvolle eerdere toepassing van die werkwijze bij een vorige deelopdracht van eenzelfde overkoepelend project.

Het middel mist op dit punt aldus reeds op het eerste gezicht juridische grondslag.

21. Ten slotte doen de verzoekende partijen nog gelden dat in de gunningsbeslissing niet wordt verduidelijkt in welke mate de uitvoering van de opdracht in deelgebied 2 kan worden vergeleken met de uitvoering van de opdracht in deelgebied 3.

Uit het administratief dossier blijkt dat de voorliggende opdracht een derde deelgebied betreft in een overkoepelend project voor bodemsaneringswerken aan de waterloop, de oevers en de komgronden van het valleigebied van de Winterbeek. In het licht van die vaststelling lijkt het op het eerste gezicht niet dat

de verwerende partij hier in het gunningsverslag nader had moeten uiteenzetten dan zij reeds deed waarom deelgebied 2 vergelijkbaar is met deelgebied 3.

Ook op dit punt dient het middel als niet ernstig te worden verworpen.

22. De kritiek op de toetsing van het subcriterium “A. werkwijze van de ontwatering met inrichtingsvoorstel ter hoogte van deze ontwateringslocaties” is niet ernstig.

23. De toetsing van de offertes aan het subcriterium “D. organisatie van grond- en slibtransport op de werf, van de ontgravingszone naar de uitlek-/overslagzone” van het tweede gunningscriterium “plan van aanpak” in het gunningsverslag, luidt:

“- Zowel TM Van Raak bvba - DC Industrial N.V. als Van Beers Hoogeloon BV beschrijven de transportroutes voor de slib- en grondstromen rekening houdend met de lokale terreinsituatie. De aannemers kiezen voor een andere route maar in beide gevallen worden geen logistieke problemen verwacht.

- TM Van Raak bvba - DC Industrial N.V. en Van Beers Hoogeloon BV geven een overzicht van het aangepast eigen materieel om met naleving van de maximale gronddruk het werk te kunnen uitvoeren.

- Van Beers Hoogeloon BV vermeldt de mogelijkheid om ter hoogte van zeer natte kwetsbare stukken houtsnippers onder de rijplatenbaan te gebruiken. Hierdoor wordt een vlakker werkterrein bekomen en wordt de bodem geschikt om een rijplatenbaan te dragen. Deze techniek bleek bijzonder succesvol in deelgebied 2 en wordt dus als een pluspunt aanzien. Het voorstel van Van Beers Hoogeloon BV scoort op dit vlak het beste. Het voorstel van TM Van Raak bvba - DC Industrial N.V. krijgt 1 punt minder.”

24. Zoals reeds opgemerkt bij het onderzoek van de kritiek op het vorig subcriterium, dient het op zich genomen geenszins als onzorgvuldig te worden aangemerkt dat de aanbestedende overheid bij het evalueren van een voorgestelde werkwijze, zoals te dezen, in het kader van een ruimer geheel aan motieven ook wijst op de succesvolle eerdere toepassing van een bepaalde werkwijze bij een vorige deelopdracht van eenzelfde overkoepelend project.

Er blijkt evenmin dat een inschrijver in zijn offerte voor een latere deelopdracht van eenzelfde overkoepelend project geen gebruik zou mogen maken van zijn ervaring uit eerdere aan hem gegunde deelopdrachten om opnieuw bepaalde uitvoeringstechnieken voor te stellen die bij die eerdere deelopdrachten bijzonder succesvol zijn gebleken.

Anders dan de verzoekende partijen het zien, wordt een dergelijke inschrijver, indien zijn offerte een hogere puntenscore krijgt voor het opnieuw voorstellen van die succesvolle technieken, niet louter bevoordeeld omdat hij eerdere opdrachten heeft uitgevoerd, maar wel omdat hij daarbij bepaalde technieken met succes heeft toegepast en deze door het bestuur als succesvol beschouwde technieken nu opnieuw voorstelt.

Er blijkt overigens niet dat het toekennen van 1 punt op 25 in meer voor het betrokken gunningscriterium aan de gekozen inschrijver omdat deze voorstelt “om ter hoogte van zeer natte kwetsbare stukken houtsnippers onder de rijplatenbaan te gebruiken”, niet in verhouding zou zijn met de woordelijke evaluatie van de offertes voor dit subcriterium.

25. Waar de verzoekende partijen ook hier doen gelden dat de verwerende partij de vergelijkbaarheid van deelgebied 2 met deelgebied 3 nader had moeten toelichten, wordt verwezen naar hetgeen hiervoor onder randnummer 21 geoordeeld.

26. De kritiek op de toetsing van het subcriterium “D. organisatie van grond- en slibtransport op de werf, van de ontgravingszone naar de uitlek-/overslagzone” is niet ernstig.

27. Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

28. In een derde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van “artikel 81 van de Wet Overheidsopdrachten, de materiële motiveringsplicht en de zorgvuldigheidsplicht en het beginsel van gelijkheid van de inschrijvers”,

“doordat bij de beoordeling van de offerte van de BV Van Beers Hoogeloon rekening wordt gehouden met voorkennis die door deze inschrijver werd opgedaan tijdens de uitvoering van een eerdere opdracht, waarbij de voorgestelde uitvoeringsmethode niet (enkel) gebaseerd is op gegevens uit het bestek.

terwijl een materieel gemotiveerde beslissing moet steunen op juiste en objectief vastgestelde feiten en de offerte enkel kan worden beoordeeld aan de hand van de gunningscriteria en gegevens vooropgesteld in het bestek.”

In de toelichting bij het middel doen de verzoekende partijen een kritiek gelden op de toetsing van de offertes aan de hand van het tweede gunningscriterium “plan van aanpak”.

De verzoekende partijen betogen dat wat het “(sub)gunningscriterium F: ‘werkwijze aanvulling van waterbodembodem en oevers rekening houdend met de toegankelijkheidsregels van de oevers’” betreft, zij 1 punt minder krijgen toegekend, hoewel uit het gunningsverslag blijkt “dat de beide inschrijvers aantonen dat zij ‘in staat [...] zijn om de oever- en waterbodembodemheraanvulling kwaliteitsvol te kunnen afwerken’ maar dat er door de uiteindelijke begunstigde van de opdracht werd voorzien in ‘mogelijke latere stabiliteitsproblemen van de nieuwe oever’”. Deze vereiste werd echter niet opgenomen in het bestek, zodat de door de gekozen inschrijver voorgestelde maatregelen berusten op voorkennis die hij opdeed in deelgebied 2 van de opdracht. Doordat de aanbestedende overheid hiermee rekening houdt, begaat zij volgens de verzoekende partijen “een onzorgvuldigheid bij de beoordeling en is het beginsel van de gelijkheid van de inschrijvers op overduidelijke wijze geschonden”.

Beoordeling

29. Het derde middel betreft eveneens een kritiek op de toetsing van de offertes aan de hand van het tweede gunningscriterium “plan van aanpak”, thans wat het subcriterium “F. werkwijze aanvulling van waterbodembodem en oevers rekening houdend met de toegankelijkheidsregels van de oevers” betreft.

Er wordt dan ook in de eerste plaats verwezen naar wat reeds werd opgemerkt bij de beoordeling van het tweede middel.

30. De toetsing van de offertes aan het subcriterium “F. werkwijze aanvulling van waterbodembodem en oevers rekening houdend met de toegankelijkheidsregels van de oevers” van het tweede gunningscriterium “plan van aanpak” in het gunningsverslag, luidt:

“TM Van Raak bvba - DC Industrial N.V en Van Beers Hoogeloon BV tonen beide aan in staat te zijn om de oever- en waterbodembodemheraanvulling kwaliteitsvol te kunnen afwerken ondanks de veeleisende terreinomstandigheden a.d.h.v. een eigen aangepast machinepark voor werken in dergelijke omstandigheden. In het plan van aanpak van Van Beers Hoogeloon BV wordt bijkomend geanticipeerd op mogelijke latere stabiliteitsproblemen van de nieuwe oever. Van Beers Hoogeloon BV gaat hierbij specifiek in op de maatregelen die worden genomen om de stabiliteit van het nieuwe oevertalud en de erfdienstbaarheidsstrook langs de waterloop te verzekeren. Vooral in deelgebied 1 bleek de stabiliteit van het nieuwe oevertalud een bijzonder aandachtspunt zodat de werkwijze van Van Beers Hoogeloon BV op dit vlak beter wordt gequoteerd. Het voorstel van Van Beers Hoogeloon BV scoort op dit vlak het beste. Het voorstel van TM Van Raak bvba – DC Industrial N.V. krijgt 1 punt minder.”

31. Zoals reeds opgemerkt bij het onderzoek van het tweede middel, dient het op zich genomen geenszins als onzorgvuldig te worden aangemerkt dat de aanbestedende overheid bij het evalueren van een voorgestelde werkwijze, zoals te dezen, in het kader van een ruimer geheel aan motieven ook wijst op de succesvolle eerdere toepassing van een bepaalde werkwijze bij een vorige deelopdracht van eenzelfde overkoepelend project.

Er blijkt evenmin dat een inschrijver in zijn offerte voor een latere deelopdracht van eenzelfde overkoepelend project geen gebruik zou mogen maken van zijn ervaring uit eerdere aan hem gegunde deelopdrachten om opnieuw bepaalde uitvoeringstechnieken voor te stellen die bij die eerdere deelopdrachten bijzonder succesvol zijn gebleken of om te anticiperen op bepaalde uitvoeringsmoeilijkheden. Anders dan de verzoekende partijen het zien, wordt een dergelijke inschrijver, indien zijn offerte een hogere puntenscore krijgt voor het opnieuw voorstellen van die succesvolle technieken, niet louter bevoordeeld omdat hij eerdere opdrachten heeft uitgevoerd, maar wel omdat hij daarbij bepaalde technieken met succes heeft toegepast en deze door het bestuur als succesvol beschouwde technieken nu opnieuw voorstelt.

Er blijkt overigens niet dat het toekennen van 1 punt op 25 in meer voor het betrokken gunningscriterium aan de gekozen inschrijver omdat deze anticipeert “op mogelijke latere stabiliteitsproblemen van de nieuwe oever” en maatregelen voorstelt in zijn offerte “om de stabiliteit van het nieuwe oevertalud en de erfdienstbaarheidsstrook langs de waterloop te verzekeren”, niet in verhouding zou zijn met de woordelijke evaluatie van de offertes voor dit subcriterium.

32. De kritiek op de toetsing van het subcriterium “F. werkwijze aanvulling van waterbodembodem en oevers rekening houdend met de toegankelijkheidsregels van de oevers” is niet ernstig.

33. Het middel is niet ernstig.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

34. In een vierde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van “artikel 81 van de Wet Overheidsopdrachten, de materiële motiveringsplicht en de zorgvuldigheidsplicht, het beginsel van gelijkheid van de inschrijvers alsook uit de schending van het beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’”,

“doordat bij de beoordeling van de offertes géén rekening is gehouden met het in het bestek vooropgestelde beoordelingscriterium bestaande uit de ‘garanties op tijdige uitvoering’, terwijl een materieel gemotiveerde beslissing moet steunen op juiste en objectief vastgestelde feiten en de offerte enkel kan worden beoordeeld aan de hand van de gunningscriteria en de beoordelingscriteria vooropgesteld in het bestek, waarbij ook alle in het bestek opgenomen criteria moeten in rekening genomen worden.”

In de toelichting bij het middel doen de verzoekende partijen kritiek gelden op de toetsing van de offertes aan de hand van het tweede gunningscriterium “plan van aanpak”, waarbij zij betogen dat er geen rekening werd gehouden met de “garanties op de tijdige uitvoering” zoals vooropgesteld in het bestek. De verzoekende partijen hebben in hun offerte een volledig hoofdstuk gewijd aan de planning bij de uitvoering van de opdracht. “Door gebruik te maken van een drainage in de ontwateringsbekkens is de ontwateringstijd aanzienlijk korter”, waarmee de verzoekende partijen naar eigen zeggen, “een betere garantie bieden op het halen van de uitvoeringstermijn”. “Ondanks het feit dat [de] verzoekende partijen op dit punt dus een gunstiger werkwijze hebben voorgesteld dan de begunstigde van de opdracht, werd met dit beoordelingscriterium geen rekening gehouden bij de beoordeling van de offerte[s]”. De aanbestedende overheid vermeldt in de beoordeling van de offertes dat, op grond van de ervaring met deelopdracht 2, met de methode van de gekozen inschrijver het slib ook tijdig wordt ontwaterd. De verzoekende partijen herhalen dat volgens hen de aanbestedende overheid geen rekening mag houden met haar ervaring met de betrokken inschrijver uit eerdere opdrachten.

Beoordeling

35. In het vierde middel voeren de verzoekende partijen in essentie kritiek aan op de toetsing van de offertes aan de hand van het tweede gunningscriterium “plan van aanpak”; zij betogen dat er geen rekening werd gehouden met de “garanties op tijdige uitvoering” zoals vooropgesteld in het bestek.

36. In zoverre dit middel berust op de veronderstelling dat een aanbestedende overheid geen rekening zou mogen houden met haar ervaringen met de betrokken inschrijver bij de uitvoering van eerdere deelopdrachten, wordt verwezen naar de beoordeling van de voorgaande middelen. Daaruit blijkt dat die veronderstelling op het eerste gezicht niet kan worden aanvaard.

37. In haar nota zet de verwerende partij uiteen dat, anders dan de verzoekende partijen het zien in de adstructie van het middel, het behalen van de uitvoeringstermijn niet bijzonder afhankelijk is van de ontwateringstijd van het slib, maar wel van het tijdstip waarop de oever gesaneerd kan worden.

Er zijn geen redenen voorhanden om *prima facie* te veronderstellen dat deze zienswijze onjuist zou zijn. Deze visie lijkt op het eerste gezicht ook overeen te stemmen met de beschrijving van de uitvoering van de opdracht in het bestek. Er blijkt alleszins op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij te dezen tot het besluit had moeten komen dat de offerte van de verzoekende partijen wegens de door hun voorgestelde ontwateringstechniek aanzienlijk garanties bood op het behalen van de uitvoeringstermijn. In elk geval wijst de verwerende partij er terecht op dat de ontwateringstijd en het verschil in de voorgestelde methodes wel degelijk werden besproken in het gunningsverslag, zodat er met deze elementen wel degelijk rekening werd gehouden bij de beoordeling van de offertes.

38. Daarnaast lijken de verzoekende partijen, zoals de verwerende partij op het eerste gezicht niet ten onrechte doet gelden, het verschil tussen een (sub)gunningscriterium en een beoordelingselement te miskennen bij hun adstructie van het middel. De “garanties op tijdige uitvoering” worden op het eerste gezicht inderdaad niet in het bestek vermeld als een subcriterium van het tweede gunningscriterium, maar wel als een beoordelingselement waaraan het door de inschrijvers voorgestelde plan van aanpak zal worden getoetst.

De verwerende partij doet gelden dat op het vlak van garanties op tijdige uitvoering er volgens haar geen wezenlijk verschil was tussen de offertes. Het komt niet aan de Raad van State toe om zijn beoordeling dienaangaande in de plaats van die van het bestuur te stellen. Op zicht van het

administratief dossier en de vertrouwelijke offertes van de inschrijvers blijkt alleszins niet, weze het zeer *prima facie*, dat zulks een onzorgvuldige inschatting zou zijn. Het is in eerste instantie de aanbestedende overheid die bepaalt wat zij als sterke en zwakke punten in de offertes beschouwt.

Bij de bespreking van de specifieke sterke en zwakke punten van de ene dan wel de andere offerte, hoeft niet elk beoordelingselement dat in het bestek is vermeld maar dat in de offertes van de beide inschrijvers gelijklopend positief of negatief wordt beoordeeld, telkens uitdrukkelijk opnieuw te worden benoemd.

39. Het vierde middel is niet ernstig.

E. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

40. In een vijfde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van “artikel 81 van de Wet Overheidsopdrachten, de materiële motiveringsplicht en de zorgvuldigheidsplicht en het beginsel van gelijkheid van de inschrijvers”,

“doordat enkel aan de BV Van Beers Hoogeloon twee (2) punten worden toegekend voor het werken met toestellen die automatisch uitgeschakeld worden als deze stationair draaien (auto start&stop systeem), terwijl een materieel gemotiveerde beslissing moet steunen op juiste en objectief vastgestelde feiten.”

In de toelichting bij het middel doen de verzoekende partijen een kritiek gelden op de toetsing van de offertes aan de hand van het derde gunningscriterium “Geschiktheid en milieuprestaties van het machinepark dat ingezet zal worden op de werf”, waarbij zij betogen dat uit de bij hun offerte gevoegde technische fiches blijkt dat de toestellen waarmee zij werken zijn uitgerust met een “auto start&stop-systeem”. “Een zorgvuldig nazicht van de offertes had er dus toe moeten leiden dat ook aan [de] verzoekende partij[en] een extra punt zou worden toegekend bij de beoordeling van dit gunningscriterium”.

Beoordeling

41. In het vijfde middel doen de verzoekende partijen een kritiek gelden op de toetsing van de offertes aan de hand van het derde gunningscriterium “Geschiktheid en milieuprestaties van het machinepark dat ingezet zal worden op de werf”, wat betreft het gebruik van start-/stopsystemen in de machines van de inschrijvers.

42. De toetsing van de offertes aan het subcriterium “B. de geschiktheid van de ingezette graafmachines en transportvoertuigen in tuinen en woonkavels” van het derde gunningscriterium “Geschiktheid en milieuprestaties van het machinepark dat ingezet zal worden op de werf” in het gunningsverslag, luidt als volgt:

“Het materieel van TM Van Raak bvba – DC Industrial N.V. en Van Beers Hoogeloon BV is geschikt om te werken in de tuinen van de woonkavel. Om de hinder in de woonkavels verder te beperken wordt door Van Beers Hoogeloon gewerkt met toestellen die automatisch uitgeschakeld worden als deze stationair draaien (auto start & stop-systeem). Het voorstel Van Beers Hoogeloon BV scoort op dit aspect 2 punten. Het voorstel van TM Van Raak bvba – DC Industrial N.V krijgt 1 punt.”

43. De verzoekende partijen steunen dit middel op de vermelding “[a]utomatic engine shut-down after idling” in de bij hun offerte gevoegde technische fiches die betrekking hebben op graafmachines Liebherr R914, R918 en R926.

De verwerende partij werpt op het eerste gezicht terecht op dat deze vermelding telkens gebeurt op de pagina waarop de opties worden vermeld waarmee de betrokken graafmachines kunnen worden uitgerust. Hieruit blijkt aldus niet dat de machines die in het bezit zijn van de verzoekende partijen ook daadwerkelijk zijn uitgerust met een dergelijk systeem.

Bovendien dient er met de verwerende partij te worden vastgesteld dat in het plan van aanpak van de verzoekende partijen onder de hoofding “2.2. Graafmachines” (p. 21 e.v.) wordt voorzien in het inzetten van drie types graafmachines. Volgens het plan van aanpak zal de Liebherr R914 worden

ingezet “voor de sanering van de bedding en de oevers”. De Liebherr R926 zal worden ingezet “voor de uitgraving van de slibvang en voor de bredere segmenten”. Aldus blijken de betrokken Liebherr-graafmachines door de verzoekende partijen zelfs niet te worden ingezet in tuinen en woonkavels. Het is nochtans deze inzet waarnaar met het betrokken subgunningscriterium wordt gepeild.

In het plan van aanpak van de verzoekende partijen wordt er vermeld dat “voor de sanering van oeverzones in tuinen” “specifiek” een graafmachine “Mecalac 6mcr” zal worden ingezet (p. 22). De bij de offerte gevoegde technische fiche van dit type graafmachine verwijst evenwel op het eerste gezicht nergens naar een dergelijk automatisch stopsysteem, noch bij de standaarduitrusting, noch bij de opties. De loutere bewering van de verzoekende partijen ter terechtzitting dat thans alle graafmachines, en dus ook de voorgestelde graafmachine “Mecalac 6mcr”, zijn voorzien van een automatisch start-/stopsysteem, ook al is dit niet uitdrukkelijk opgenomen in de technische fiche, is hoe dan ook laattijdig zodat er om die reden alleen reeds geen rekening mee kan worden gehouden.

Aldus blijkt het vijfde middel reeds op het eerste gezicht feitelijke grondslag te missen, nu de verzoekende partijen in hun offerte, in tegenstelling tot wat zij beweren, niet aannemelijk hebben gemaakt dat de graafmachine die door hen zal worden ingezet voor werken in tuinen en woonkavels is uitgerust met een hinder beperkend automatisch motorstopsysteem.

44. Het vijfde middel is niet ernstig.

F. Zesde middel

Uiteenzetting van het middel

45. In een zesde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van “artikel 81 van de Wet Overheidsopdrachten, de materiële motiveringsplicht en de zorgvuldigheidsplicht en het beginsel van gelijkheid van de inschrijvers”,

“doordat de beoordeling in het gunningsverslag vermeldt dat de geluidsemissie van de hybridekraan van Van Beers Hoogeloon BV ‘significant minder’ is wat een meerwaarde zou zijn in het kwetsbare valleigebied en de woonkavels, terwijl een materieel gemotiveerde beslissing moet steunen op juiste en objectief vastgestelde feiten.”

In de toelichting bij het middel doen de verzoekende partijen een kritiek gelden op de toetsing van de offertes aan de hand van het derde gunningscriterium “Geschiktheid en milieuprestaties van het machinepark dat ingezet zal worden op de werf”, waarbij zij betogen dat de in hun offerte voorgestelde kraan eenzelfde geluidsniveau heeft als de kraan van de gekozen inschrijver. Alle kranen werken volgens de verzoekende partijen met een geluidsemissie van 99 à 100 dB(A). “Een zorgvuldig nazicht van de offertes had er dus toe moeten leiden dat ook aan [de] verzoekende partijen een extra punt zou worden toegekend bij de beoordeling van dit gunningscriterium”.

Beoordeling

46. In het zesde middel doen de verzoekende partijen een kritiek gelden op de toetsing van de offertes aan de hand van het derde gunningscriterium “Geschiktheid en milieuprestaties van het machinepark dat ingezet zal worden op de werf”, waarbij zij betogen dat de in hun offerte voorgestelde kraan eenzelfde geluidsniveau haalt als de kraan van de gekozen inschrijver.

47. De toetsing van de offertes aan het subcriterium “C. de geluidsemissie (dB) van de graafmachines (gemeten buiten de cabine)” van het derde gunningscriterium “Geschiktheid en milieuprestaties van het machinepark dat ingezet zal worden op de werf” in het gunningsverslag, luidt als volgt:

“Zowel TM Van Raak bvba - DC Industrial N.V. als Van Beers Hoogeloon BV vermelden in de offerte de geluidsemissie van de graafmachines. Beide aannemers werken met jonge, relatief geluidsarme toestellen. De geluidsemissie van de hybridekraan van Van Beers Hoogeloon BV is significant minder wat een meerwaarde is in het kwetsbare valleigebied en de woonkavels.
Het voorstel Van Beers Hoogeloon BV scoort op dit aspect 2 punten. Het voorstel van TM Van Raak bvba – DC Industrial N.V. krijgt 1 punt.”

48. De verzoekende partijen betogen zonder meer dat “[a]lle kranen werken met een geluidsemissie van 99 à 100 dB(A)”. Uit de offerte van de gekozen inschrijver blijkt echter *prima facie* dat hij wel degelijk een aanzienlijk lagere geluidsemissie opgeeft.

In de nota van de verwerende partij (p. 34) wordt geciteerd uit de offerte van de gekozen inschrijver, zodat zij mag worden geacht zelf het vertrouwelijk karakter van de offerte op dit punt te hebben gelicht. De verwerende partij zet in haar nota uiteen dat “het geluidsniveau varieert van max 83 dB(A) gemeten naast machine bij motor ingeschakeld tot minimaal 42 dB(A) bij volledig elektrisch. Aldus zou de gemiddelde waarde van de meting [...] uitkomen op 68 dB(A). Dit alles wordt uitgebreid gemotiveerd met een metingstabel in het plan van aanpak van de gekozen inschrijver”.

Dit verweer stemt op het eerste gezicht overeen met de offerte van de gekozen inschrijver waarop de Raad van State vermag acht te slaan.

Er zijn op het eerste gezicht geen redenen voorhanden om *prima facie* te oordelen dat de verwerende partij te dezen ten onrechte zou hebben aanvaard dat een hybride kraan gemiddeld een lagere geluidsemissie vertoont dan een volledig gemotoriseerde kraan.

De verzoekende partij toont niet aan dat de verwerende partij hier ten onrechte een punt extra heeft toegekend aan de gekozen inschrijver.

Het zesde middel mist aldus reeds op het eerste gezicht feitelijke grondslag.

49. Het zesde middel is niet ernstig.

G. Zevende middel

Uiteenzetting van het middel

50. In een zevende middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van “artikel 87, §2 KB Plaatsing dd. 18.04.2017, de zorgvuldigheidsplicht en het beginsel van gelijkheid van de inschrijvers”,

“doordat, uit de voorgaande middelen blijkt dat aan de verzoekende partijen en de BV Van Beers Hoogeloon ten onrechte een verzoek tot prijsvermindering werd gericht, nu de offerte van de verzoekende partijen bij de inschrijving diende te worden beschouwd als de economisch meest voordelige offerte, terwijl enkel wanneer verscheidene offertes in gelijke mate als economisch meest voordelige offerte worden beschouwd, de aanbestedende overheid de inschrijvers in kwestie om een prijsvermindering kan verzoeken.”

De verzoekende partijen geven in het verzoekschrift nog de volgende toelichting bij het middel:

“Op 22 november 2019 verzocht de aanbestedende overheid de verzoekende partijen en de BV Van Beers Hoogeloon om uiterlijk op 4 december 2019 een schriftelijk verbeteringsvoorstel of prijsvermindering in te dienen, aangezien op basis van de [...] inschrijvingsprijzen en rekening houdend met de beoordeling op grond van de andere gunningscriteria, werd besloten dat de 2 laagste offertes in gelijke mate als economisch voordeligst werden beschouwd.

Conform artikel 87,§2 KB Plaatsing dd. 18.04.2017 kan maar om een prijsvermindering worden verzocht indien verscheidene offertes in gelijke mate als economisch meest voordelige offerte worden beschouwd.

Nu uit het gunning[s]verslag en de voorgaande middelen 2 t.e.m. 6 blijkt dat er ten onrechte aan de verzoekende partijen minstens 4 punten niet werden toegekend, blijkt dat er bij het nazicht van de oorspronkelijke inschrijvingsprijzen ten onrechte werd besloten dat de 2 laagste offertes in gelijke mate als economisch voordeligst konden worden beschouwd en dat ten onrechte om een prijsvermindering werd verzocht.

Reeds op basis van een zorgvuldig onderzoek van het dossier had de aanbestedende overheid moeten tot de vaststelling komen dat op basis van de oorspronkelijke inschrijvingsprijzen, waarbij door de verzoekende partij de laagste inschrijvingsprijs werd opgegeven, de offerte van de verzoekende partij de economisch meest voordelige offerte was.

Immers, zelfs wanneer uit minstens een van de voorgaande middelen 2 t.e.m. 6 wordt besloten dat er aan verzoekende partijen zelfs maar één punt

te kort zou zijn toebedeeld, diende de offerte van de verzoekende partij als economisch meest voordelige offerte te worden beschouwd. Door alsnog om een prijsvermindering te verzoeken is ook het beginsel van gelijkheid van de inschrijvers geschonden.”

Beoordeling

51. Het zevende middel berust in essentie op de veronderstelling dat minstens één van de voorgaande middelen ernstig is gebleken, waaruit alsdan zou volgen dat de offerte van de verzoekende partijen als de economisch meest voordelige offerte in aanmerking had moeten worden genomen door de verwerende partij.

Evenwel werd er vastgesteld dat, *prima facie*, geen van de voorgaande middelen ernstig is. Aldus dient ook het zevende middel te worden verworpen, nu het uitgangspunt ervan op het eerste gezicht faalt.

52. Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

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

IX. Kosten

54. De kosten dienen ten laste van de verzoekende partijen te worden gelegd.

Deze kosten omvatten het rolrecht van 200 euro per verzoekende partij en een bijdrage van 20 euro per verzoekende partij, zoals bepaald bij artikel 66, 6°, van het besluit van de regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’.

Bij arrest nr. 22/2020 van 13 februari 2020 heeft het Grondwettelijk Hof evenwel in het kader van het beroep tot vernietiging van de wet van 19 maart 2017 'tot oprichting van een Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijsbijstand' en van de wet van 26 april 2017 'houdende de regeling van de oprichting van een Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijsbijstand voor wat de Raad van State en de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen betreft', de woorden "per verzoekende partij" vernietigd in artikel 4, § 4, eerste en derde lid, van de wet van 19 maart 2017, zoals het is ingevoegd bij artikel 2 van de wet van 26 april 2017.

Bijgevolg is er, op grond van de *erga omnes* en de retroactieve werking van het voormelde arrest, aanleiding om de terugbetaling te bevelen van de onterecht betaalde bedragen.

55. De tweede verwerende partij vraagt om de verzoekende partijen te verwijzen in de betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

De tweede verwerende partij heeft haar rol in de procedure beperkt tot een louter verzoek om buiten de zaak te worden gesteld. Haar nota met opmerkingen is in substantie beperkt tot het voornoemde verzoek en een ondergeschikte verwijzing naar het verweer van de eerste verwerende partij.

Aldus is er reden om het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding, wat de tweede verwerende partij betreft, te beperken tot het minimumbedrag van 140 euro, nu de zaak in haren hoofde reeds op het eerste gezicht dient te worden aangemerkt als van slechts geringe complexiteit wat de tussenkomst van haar advocaat betreft.

56. Zoals bepaald in artikel 30/1, § 2, vierde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan aan de tussenkomende partij, die een dergelijke vergoeding vraagt, geen rechtsplegingsvergoeding worden toegekend.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv Van Beers Hoogeloon tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De tweede verwerende partij wordt buiten de zaak gesteld.

3. 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, elk voor de helft, een bijdrage van 20 euro, een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de eerste verwerende partij, en een rechtsplegingsvergoeding van 140 euro, die verschuldigd is aan de tweede verwerende partij.

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

De onterecht betaalde bijdrage ten bedrage van 20 euro dient aan de verzoekende partijen te worden terugbetaald.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vijftientig februari tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

Greta Scheveneels

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Johan Bovin