

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

**VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER
A R R E S T**

**nr. 248.265 van 14 september 2020
in de zaak A. 231.536/XII-8943**

In zake: de NV ENVISAN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2650 Antwerpen (Edegem)
Mechelsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV INFRABEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nathanaëlle Kiekens, Ian Arnouts en Louis Francois
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 14 augustus 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e gemotiveerde gunningsbeslissing van Infrabel van 30 juli 2020 waarbij de overheidsopdracht van werken ‘Bodemsaneringswerken bundel LUNA Merelbeke’ wordt gegund aan DEME Environmental Contractors NV, zoals ter kennis gebracht aan [de nv Envisan] bij schrijven van 31 juli 2020”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 1 september 2020, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Ian Arnouts en Hannah Dusauchoit, die verschijnen voor de verwerende 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 nv Infrabel schrijft een overheidsopdracht uit voor werken met als voorwerp “TR 230312: Bodemsaneringswerken bundel LUNA Merelbeke”. Het bestek omschrijft het voorwerp van de opdracht als volgt:

“De huidige opdracht bestaat uit de saneringswerken ter hoogte van het Infrabel en NMBS-domein. De sanering dient uitgevoerd te worden conform het Nieuw tweede gefaseerd Bodemsaneringsproject, deel spoorwegdomein Infrabel, Gontrodestraat 222 te 9050 Gent dd. 25.02.2019 en het bijhorende conformiteitsattest dd. 21.06.2019 in bijlage van het bestek.

Het doel van de sanering is het weghalen van het verspreidingsrisico door middel van de verwijdering van de drijfslag.

Voor het grondwater wordt minimum gestreefd naar het wegnemen van de drijfslag zodat een stabiele situatie bekomen wordt die geen verdere beheersmaatregel vereist. In termen van risicogebaseerde terugsaneerwaarden, betekent dit de sanering van de toplaag (0-1 m-mv) tot concentraties lager dan 900 mg/kg.ds (=BSN) en van de onderliggende gronden (1 - maximaal 4.5 m-mv) tot concentraties lager dan 5.000 mg/kg.ds.

Voor het grondwater wordt 2.000 µg/l als risicogebaseerde terugsaneerwaarde genomen.”

3.2. De opdracht is bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 6 april 2020.

3.3. De opdracht wordt gegund met een openbare procedure.

De prijs is het enig gunningscriterium.

3.4. Voor de opdracht geldt de regelgeving inzake overheidsopdrachten in de speciale sectoren.

3.5. Het bestek met referte TR 230312 “Bodemsaneringswerken bundel LUNA Merelbeke” is van toepassing.

Punt E.6 van technisch artikel nr. 2.002 bepaalt:

“E.6 Verwerken van verontreinigde bodemmateriële

Zie ook § C.4.

De afgegraven bodemmateriële waarvan op basis van de reeds uitgevoerde bodemonderzoeken bekend is dat ze verontreinigd zijn, dienen (na ondertekening van de vrachtbon door de EBSD of leidend ambtenaar) meteen opgeladen te worden voor afvoer buiten het spoorwegdomein en worden dus niet tussentijds gestockeerd op de tijdelijke opslagplaats ingericht op het terrein. Alle transporten van verontreinigde bodemmateriële dienen te gebeuren met afgedekte vloestofdichte laadbak om emissie van stofdeeltjes en verontreinigd water tijdens het transport te vermijden.

In zijn prijszetting moet de opdrachtnemer prijzen geven voor afvoer van verontreinigde bodemmateriële via de weg.

Bodemmateriële die reinigbaar zijn dienen te worden afgevoerd naar een erkend grondreinigingscentrum dat zowel kan instaan voor biologische als fysicochemische reiniging. In zijn offerte dient de opdrachtnemer alle acceptatiecriteria (vochtgehalte, siltfractie (fractie < 63 µm), organische stofgehalte, chemische parameters,...) op te geven van het grondreinigingscentrum van zijn keuze naar waar de bodemmateriële in huidige opdracht dienen te worden afgevoerd, zowel voor biologische, fysico-chemische als thermische reiniging. In zijn prijszetting dient de opdrachtnemer rekening te houden met het feit dat hij geen toeslag kan vragen op basis van deze GRC specifieke acceptatiecriteria/toeslagen.

Op basis van de textuur van de bodemmateriële, de concentraties van de verontreinigingsparameters in de bodem en de bij inschrijving overgemaakte acceptatiecriteria zal bepaald worden of de bodemmateriële

biologisch reinigbaar zijn. Bij tegenspraak tussen de resultaten van de EBSD van Infrabel en deze van eventuele staalnames uitgevoerd in opdracht van de opdrachtnemer zullen door de EBSD van Infrabel nieuwe tegensprekelijke staalnames worden uitgevoerd ter controle. Er zal enkel rekening gehouden kunnen worden met de resultaten van de EBSD aangesteld door Infrabel. Gezien de verontreinigingsparameter minerale olie betreft, wordt uitgegaan van biologische reiniging, zeker voor concentraties onder 5000 mg/kg.ds. Indien zij niet biologisch reinigbaar zijn dienen zij in hetzelfde centrum fysico-chemisch verwerkt te worden. In geen geval zal de aanbesteder extra kosten (transport,...) op zich nemen ingeval een ander grondreinigingscentrum voor de fysico-chemische grondreiniging zou moeten instaan. De invloed van deze bewerkingen dienen in de betrokken inschrijvprijzen opgenomen te worden.

Indien op basis van de textuur van de bodemmaterialen, de concentraties van de verontreinigingsparameters in de bodem en de bij inschrijving overgemaakte acceptatiecriteria blijkt dat de bodemmaterialen thermisch gereinigd dienen te worden, dienen de verontreinigde bodemmaterialen meteen te worden afgevoerd naar een grondreinigingscentrum dat hiervoor erkend is. Bij tegenspraak tussen de resultaten van de EBSD van Infrabel en deze van staalnames uitgevoerd in opdracht van de opdrachtnemer zullen door de EBSD van Infrabel nieuwe tegensprekelijke staalnames worden uitgevoerd ter controle. Er zal enkel rekening gehouden kunnen worden met de resultaten van de EBSD van Infrabel.

Indien uitgraven verontreinigde bodemmaterialen niet reinigbaar blijken, dienen deze in laatste instantie te worden afgevoerd naar een verbrandingsinstallatie of stortplaats van vereiste klasse.

[...]

Alle prestaties en bijhorende kosten voor het afgraven van verontreinigde bodemmaterialen, het afvoeren ervan naar een erkend grondreinigingscentrum, en de verwerking in het grondreinigingscentrum, of het afvoeren naar een verbrandingsinstallatie of stortplaats van vereiste klasse voor verbranden of storten zijn respectievelijk opgenomen in posten 2.2.2.1.1, 2.2.2.1.3, 2.2.2.1.5 en 2.3. Hierin zijn tevens het gebruik van vloeistofdichte en volledig afgedekte vrachtwagens of containers (en hun reiniging) inbegrepen. Bovenstaande posten zijn niet van toepassing voor grondbrij die vrijkomt bij het plaatsen van verticale filters. De afvoer en verwerkingskosten van de bodemmaterialen die vrijkomen bij het plaatsen van de verticale filters dienen in de desbetreffende eenheidsprijzen opgenomen te worden.”

3.6. De opening van de offertes vindt plaats op 18 mei 2020.

3.7. Zeven ondernemingen dienen een offerte in waaronder de verzoekende partij tegen een prijs van 1.681.387,42 euro, btw niet inbegrepen en

de nv DEME Environmental Contractors tegen een prijs van 1.291.130,80 euro, btw niet inbegrepen.

3.8. Alle inschrijvers worden geselecteerd.

3.9. Op 5 juni 2020 vraagt de nv Infrabel aan de nv Deme Environmental Contractors het totale offertebedrag te verantwoorden overeenkomstig artikel 44, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren), aangezien haar offerte “26,73 % onder het gemiddelde bedrag van de ingediende offertes [ligt], berekend overeenkomstig artikel 44, § 4”.

3.10. Op 15 juni 2020 verstrekt de nv Deme Environmental Contractors een verantwoording.

3.11. Op 30 juli 2020 beslist de nv Infrabel de opdracht te gunnen aan de nv Deme Environmental Contractors.

Dit is de bestreden beslissing.

3.12. Bij aangetekende brief van 30 juli 2020 en e-mailbericht van 31 juli 2020 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet is gekozen.

Het contract blijkt te zijn gesloten op 12 augustus 2020.

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 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.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij neemt een eerste middel uit de schending van artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) en “het daaruit voortvloeiend transparantiebeginsel en het beginsel van de gelijke behandeling der inschrijvers”, artikel 133 *juncto* artikel 53, § 2, van dezelfde wet, artikel 74, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren, het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en uit “ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag”.

Zij betoogt daartoe in essentie:

“Doordat, de bestreden beslissing de gelijke behandeling der inschrijvers heeft aangetast bij gebrek aan toezicht op de vergelijkbaarheid der offertes doorheen de gunningsprocedure door deze inschrijvers toe te staan vrij eigen acceptatiecriteria van te ontgraven verontreinigde grondfracties binnen hun grondreinigingscentra te hanteren en zo de probabilliteit van bepaalde reinigingstechnieken te beïnvloeden en de corresponderende prijszettingen hierop af te stemmen.

[...]

Terwijl, de modaliteit van het bestek die toelaat aan de inschrijvers om de eigen acceptatiecriteria van het door hun zelf geselecteerde (veelal hun eigen) grondreinigingscentrum te hanteren in de offerte, waarna hen de mogelijkheid wordt verschaft voor elk van de reinigingstechnieken op ontgraven grondfracties een eenheidsprijs op te geven in functie van vermoedelijke hoeveelheden, de procedure bloot stelt aan willekeur en speculatie waarbij bepaalde reinigingstechnieken (met een lagere prijszetting) minder waarschijnlijk worden gemaakt dan andere (met een hogere prijszetting) zonder dat hierop nog controle is uitgeoefend.

Terwijl, de betrokken meetstaatposten (2.2.2.1.1 tot en met 2.3) het meest substantiële prijsonderdeel uitmaken (35.246 ton) van de inschrijving.

Terwijl, de modaliteit in een openbare procedure waarbij de invulling van technische specificaties met betekenis voor bodemsaneringswerken (i.c. de acceptatiecriteria van de grondreinigingscentra) aan het initiatief van de inschrijver worden overgelaten problematisch zijn, minstens een

bijzondere zorgvuldigheid vereisen bij het bewaken van de vergelijkbaarheid der offertes.

Zodat, de gunningsbeslissing waarbij de eigen acceptatiecriteria voor fracties verontreinigde grond binnen de grondreinigingscentra zonder meer werden aanvaard, terwijl een prijszetting kon gebeuren aan de hand van vermoedelijke hoeveelheden, en geen nazicht is gebeurd aangaande de blijvende vergelijkbaarheid van de offertes, de in het middel aangehaalde wettelijke bepalingen en beginselen schendt.”

Beoordeling

6. In het hierboven aangehaalde punt E.6 van het technisch artikel nr. 2.002 van het bestek wordt het “[v]erwerken van verontreinigde bodemmaterialen” geregeld. Dit onderdeel bepaalt dat “de opdrachtnemer [in zijn offerte] alle acceptatiecriteria (vochtgehalte, siltfractie (fractie < 63 µm), organische stofgehalte, chemische parameters,...) [dient] op te geven van het grondreinigingscentrum van zijn keuze naar waar de bodemmaterialen in huidige opdracht dienen te worden afgevoerd, zowel voor biologische, fysico-chemische als thermische reiniging”. Voorts wordt bepaald dat “[o]p basis van de textuur van de bodemmaterialen, de concentraties van de verontreinigingsparameters in de bodem en de bij inschrijving overgemaakte acceptatiecriteria zal bepaald worden of de bodemmaterialen biologisch reinigbaar zijn”. Daarbij wordt uitgegaan van biologische reiniging, “(g)ezien de verontreinigingsparameter minerale olie betreft, [...] zeker voor concentraties onder 5000 mg/kg.ds”. Indien niet biologisch reinigbaar dienen de bodemmaterialen fysico-chemisch verwerkt te worden en in laatste instantie thermisch.

De posten die betrekking hebben op de verwerking in de grondreinigingscentra vermelden in de samenvattende opmeting als vermoedelijke hoeveelheden zowel voor biologische reiniging als voor fysico-chemische reiniging 13.495 ton. Slechts 6500 ton zou thermisch moeten worden gereinigd. De vermoedelijke hoeveelheden kunnen niet worden gewijzigd. Het betreft de posten 2.2.2.1.1, 2.2.2.1.3 en 2.2.2.1.5.

7. De partijen zijn het erover eens dat de acceptatiecriteria van het grondreinigingscentrum belangrijk zijn om mee de methode van reiniging te bepalen.

De verzoekende partij lijkt te betogen dat de acceptatiecriteria naar vrij initiatief van de inschrijvers kunnen worden ingevuld, hetgeen de mogelijkheid opent voor speculatie. De verzoekende partij licht toe dat aldus immers reinigingstechnieken met lagere prijs minder waarschijnlijk kunnen worden gemaakt: “Het volstaat daarbij de acceptatiecriteria zo te bepalen dat bijvoorbeeld de fractie biologisch te reinigen grond in de praktijk zeer beperkt zal zijn, om de inschrijver in staat te stellen elke winstmarge weg te wimpelen op deze prijspost in de wetenschap dat deze fracties in realiteit quasi niet zullen voorkomen”.

Dit betekent volgens de verzoekende partij wel dat de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang komt. De vereiste dat elke inschrijver zijn eigen acceptatiecriteria hanteert, zou immers tot gevolg hebben dat eenzelfde partij te reinigen grond bij verschillende inschrijvers onder verschillende meetstaatposten zal worden uitgevoerd en betaald hetgeen de objectieve en transparante vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengt. Het blijkt volgens de verzoekende partij niet dat de aanbestedende overheid in het kader van het regelmatigheidsonderzoek, inclusief het prijzenonderzoek de vergelijkbaarheid van de offertes op dat vlak zou hebben geverifieerd. Meer, als een dergelijk nazicht niet had kunnen leiden tot het uitsluiten van elke speculatie, verhindert het bestek zelf de vergelijkbaarheid van de offertes en is de betrokken besteksbepaling onwettig.

8. De verwerende partij wordt niet bijgevalen in haar exceptie, dat het middel onduidelijk zou zijn. Uit haar verweer lijkt immers te mogen worden afgeleid dat zij goed heeft begrepen dat de beweerde vrije invulling door de inschrijvers van de acceptatiecriteria en de mogelijke invloed ervan op de prijszetting de essentiële grief is van het middel.

9.1. De verwerende partij alludeert voorts op “artikel 79 [van het koninklijk besluit] Plaatsing” en de erin vervatte waarschuwingsplicht van de ondernemer die in de opdrachtdocumenten fouten of leemten ontdekt die van die aard zijn dat ze de prijsberekening of de vergelijking van de offertes onmogelijk maken. De verwerende partij koppelt hier geen ontvankelijkheidsbezwaar aan vast maar meent wel dat het niet bevragen van de overheid omtrent de besteksvereiste in verband met de acceptatiecriteria de ernst van het middel bezwaart.

9.2. Het is de verzoekende partij echter in principe toegestaan tegen de gunningsbeslissing nog middelen in te roepen, geput uit onrechtmatigheden van het bestek. Zij verantwoordt haar houding, om niet onmiddellijk de aanbestedende overheid of de Raad te hebben gevat met kritiek op het bestek omdat het “ter zake lang niet om een prima facie onwettigheid [gaat] die de inschrijver binnen het kort tijdsbestek voor de indiening van de offerte zou hebben toegelaten te besluiten dat deze een correcte prijszetting onmogelijk zou hebben gemaakt”.

10. Het uitgangspunt van de verzoekende partij, dat de acceptatiecriteria “open” zijn en aan het initiatief van de inschrijvers worden overgelaten, wordt niet bijgevalen.

In zoverre de Raad van State hier wegens het technisch karakter van de grief al bij machte is uitspraak daarover te doen, kan hij enkel vaststellen dat vermoedelijke hoeveelheden worden bepaald die niet mogen worden gewijzigd en er ook een richtwaarde voor biologische reiniging wordt vastgesteld van 5000 mg/kg.ds.

Zulks lijkt niet te sporen met de uitgangstelling van de verzoekende partij dat de acceptatiecriteria “open” zijn, in de zin van volledig afhankelijk van de wil van de inschrijvers.

11. Voorts blijkt uit onderzoek van het administratief dossier, waarbij de Raad ook vermag acht te slaan op de vertrouwelijke stukken, dat de

verhouding inzake de acceptatiecriteria tussen de verzoekende partij en de gekozen inschrijver wel degelijk aan bod lijkt te zijn gekomen bij het prijzenonderzoek, voorwerp van het tweede middel. Ook deze vaststelling lijkt in te gaan tegen de uitgangsstelling van de verzoekende partij, dat de acceptatiecriteria vrijelijk konden worden ingevuld om te kunnen speculeren met eenheidsprijzen.

Vervolgens blijkt de verzoekende partij haar acceptatiecriterium voor biologische reiniging van minerale oliën/totaal koolwaterstoffen C10-C40 op 7000 mg/kg.ds te hebben bepaald en de gekozen inschrijver op 5000 mg/kg.ds.

Er valt daaromtrent niet goed in te zien welke rechtsregel of welk rechtsbeginsel zou hebben verhinderd dat de inschrijvers elk hun acceptatiecriteria op andere waarden vaststelden afhankelijk van de mogelijkheden van de door hen ingezette reinigingsinstallaties.

12. De verzoekende partij maakt dan ook niet met de vereiste ernst afdoende concreet aannemelijk dat de betrokken besteksbepalingen op zichzelf en evenmin zoals *in concreto* toegepast door de verwerende partij de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang bracht.

Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

13. De verzoekende partij neemt een tweede middel uit de schending van artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 43 *juncto* artikel 44, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren, het zorgvuldigheidsbeginsel en het materieel motiveringsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur, de formeel motiveringsplicht zoals neergelegd in de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de

rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies' en uit "ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag".

Zij betoogt daartoe in essentie:

"Doordat, de bestreden beslissing, mede gegeven de open norm die voor de acceptatiecriteria van ontgraven bodem wordt gehanteerd ten aanzien van de inschrijvers, niet getuigt van een zorgvuldig prijsonderzoek, minstens het bestaan daarvan ter hoogte van de eenheidsprijzen niet kan worden afgeleid uit de motieven die aan de bestreden beslissing ten grondslag liggen.

[...]

Terwijl, het algemeen prijs- en kostennazicht betrekking dient te hebben op zowel de totaalprijzen als op de eenheidsprijzen, met het oog op de toepasbaarheid van de verplichting om in het licht van art. 44 §2 dan wel 44 §4 K.B. Plaatsing een bijzonder prijsonderzoek door te voeren.

Terwijl, de motieven op grond waarvan een aanbestedende overheid van oordeel is dat de aangeboden prijzen niet abnormaal zijn, in principe impliciet dan wel expliciet uit de stukken van het dossier dienen te blijken zodat deze aan de toetsing door de Raad van State kunnen worden onderworpen (materieel motiveringsbeginsel).

Terwijl, het bestaan van een verantwoording in de zin van de totaalprijs waarvoor een wettelijk vermoeden van abnormale prijszetting ex art. 44 §4 K.B. Plaatsing Speciale Sectoren geldt, geen invloed heeft op de vaststelling van al dan niet schijnbaar abnormale eenheidsprijzen, nu het nazicht van eenheids- en totaalprijzen een andere finaliteit heeft (minstens het ene het andere niet uitsluit).

Terwijl, de aanzienlijke prijsafstand tussen de prijszetting van de gekozen inschrijver en deze van de andere inschrijvers maakt dat zelden sprake zal zijn van een schijnbaar abnormale totaalprijszetting, zonder dat zulks zich vertaalt in een aanzienlijke discrepantie tussen: i) bepaalde gehanteerde eenheidsprijzen voor niet verwaarloosbare posten in hoofde van de gekozen inschrijver enerzijds en ii) de gemiddelde eenheidsprijzen voor dezelfde niet verwaarloosbare posten zoals gehanteerd door andere inschrijvers anderzijds dan wel de raming voor deze posten anderzijds, die de aanbestedende dienst in het licht van het zorgvuldigheidsbeginsel zou hebben verplicht tot een prijsonderzoek ex art. 44 §2 K.B. Plaatsing Speciale Sectoren.

Terwijl, het voorgaande eens te meer het geval is indien een open technische specificatie wordt geïntroduceerd in de technische bepalingen van het bestek die iedere inschrijver toelaat de draagwijdte van de contractuele verbintenis verbonden aan de posten aangaande de reinigingsmethode van grondspecie zelf te bepalen, en zijn prijszetting hierop af te stemmen.

Terwijl, het algemeen prijsonderzoek in dat geval de functie kan (en moet) hebben van de identificatie van prijspeculatie op de posten die de reinigingsmethoden van de ontgraven grondspecie ex situ tot voorwerp hebben, en zich dus inschakelt in het regelmatigheidsonderzoek.

Terwijl, binnen het algemeen prijsonderzoek het bestaan van een open norm inzake acceptatiecriteria mee van aard is de zorgvuldigheid te bepalen waarmee bepaalde eenheidsprijzen al dan niet als schijnbaar abnormaal dienen te worden beschouwd met toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel[...], of het vaststellen van demarcatiecriteria die deze schijnbaar abnormale prijzen dienen te identificeren.

Terwijl, de identificatie van schijnbaar abnormale eenheidsprijzen aanleiding had dienen te geven tot een verzoek tot prijsverantwoording in de zin van art. 44 §2 K.B. Plaatsing Speciale Sectoren.

Terwijl, de identificatie van schijnbaar abnormale eenheidsprijzen en de beoordeling van een prijsverantwoording aanleiding had moeten geven tot een opname van de feitelijke en juridische motieven die hieraan ten grondslag lagen binnen de bestreden beslissing, zodat de verzoekende partij met kennis van zaken kon uitmaken of hij de door de wet ter beschikking gestelde rechtsmiddelen diende uit te putten (formele motiveringsplicht).

Zodat, de bestreden beslissing door het ontberen van elke verifieerbare overweging aangaande het bestaan van een algemeen dan wel bijzonder prijs- en kostenonderzoek ter hoogte van de eenheidsprijzen, bij het gebrek van dergelijk deugdelijk onderzoek zoals vast te stellen in het administratief dossier spijs een betekenisvolle discrepantie tussen bepaalde kritische eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver en het gemiddelde/raming, de in het middel opgenomen wettelijke bepalingen en beginselen schendt.”

Beoordeling

14. Artikel 44, § 2, van het voormelde koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren luidt:

“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, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt. [...]”

15. De verzoekende partij is in essentie van mening dat in het licht van de open technische specificatie waarbij elke inschrijver de acceptatiecriteria voor de reinigingstechnieken van de ontgraven grondspecie mocht bepalen, de

eenheidsprijzen van de posten die op deze reinigingstechnieken betrekking hebben, volgens haar met bijzondere aandacht dienden te worden onderzocht.

16. De motivering aangaande punt 4.3 “Prijsonderzoek” luidt:

“4.3. Prijsonderzoek

De offerte van DEME Environmental Contractors NV werd onderzocht overeenkomstig artikel 43 van het KB van 18/06/2017.

De prijzen van de offerte ingediend door DEME Environmental Contractors NV werden onderzocht overeenkomstig artikel 44 van het KB van 18/06/2017, mede in het licht van de verplichtingen op het gebied van het milieu- sociaal en arbeidsrecht. Het totale offertebedrag van DEME Environmental Contractors NV lag minstens vijftien procent onder het gemiddelde bedrag van de ingediende offertes overeenkomstig artikel 44 § 4 van het KB van 18/06/2017 zodat een bevraging nodig was.

DEME Environmental Contractors NV gaf als rechtvaardiging dat zij (als eigenaar of hoofdaandeelhouder) beschikken over een ruim netwerk aan inkeurings- en verwerkingscentra alsook stortplaatsen, verspreid over Vlaanderen. Specifiek beschikken ze in de Gentse Kanaalzone, dus in de nabijheid van de plaats van uitvoering van de werken, over centra voor inkeuring, reiniging, verwerking en storten. Daarnaast resulteert de gelijktijdige uitvoering van meerdere projecten in de Gentse Kanaalzone in dezelfde periode 2020 – 2021 in een schaalvergroting waardoor ze scherpe prijzen kan aanbieden voor bepaalde posten zoals graafwerken, transport, levering van gronden met kwaliteit vrij hergebruik voor aanvulling.

De rechtvaardiging van de firma is aanvaardbaar. De beschikbaarheid van reinigingscentra in eigen beheer zorgt voor een reductie van de reinigingskosten. De nabijheid van de inkeurings- en verwerkingscentra alsook van de stortplaatsen zorgt voor reductie van transportkosten voor afvoer van verontreinigde gronden en aanvoer van niet-verontreinigde gronden voor aanvulling. Gezien de grote hoeveelheden te vervoeren gronden is de afstand tot de werfzone een belangrijk voordeel. De gelijktijdige uitvoering van projecten en hergebruik binnen andere lopende projecten levert de firma een voordeel op. Er zijn geen indicaties dat er in het licht van de verplichtingen op het gebied van het milieu- sociaal en arbeidsrecht een probleem zou stellen dat relevant is voor de prijsvorming van de betrokken inschrijver en hem op dat punt een buitengewoon voordeel zou verschaffen.

Conclusie: de offerte van DEME Environmental Contractors NV wordt als regelmatig beschouwd.”

17. Op het eerste gezicht blijkt uit de aangehaalde vermeldingen dat een prijzenonderzoek werd gevoerd overeenkomstig artikel 43 van het koninklijk

besluit plaatsing speciale sectoren. Zulks lijkt ook te mogen worden afgeleid uit de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, die de Raad van State bij zijn onderzoek mag betrekken, en meer bepaald uit de daarin bijgebrachte “interne nota betreffende het verschil met de raming en het prijsonderzoek”.

18. In deze nota heeft de verwerende partij zowel het verschil tussen de raming en het goed te keuren offertebedrag, de door de gekozen inschrijver geboden prijsverantwoording en het verschil in prijzen voor biologische reiniging tussen de gekozen inschrijver en de verzoekende partij, geanalyseerd.

Deze analyse is mede gesteund op detailberekeningen die de inschrijvers blijkens het bestek in zijn randnummer 3.5 bij de offerte dienden te voegen ter verantwoording van de forfaitaire en eenheidsprijzen voor de posten waarvan het totaalbedrag (in absolute waarde) 20.000 euro overtreft. Uit het dossier blijkt dat de verzoekende partij en de gekozen inschrijver beiden onder meer de in geding zijnde posten 2.2.2.1.1, 2.2.2.1.3 en 2.2.2.1.5 verantwoorden in de offerte.

De posten die betrekking hebben op de reinigingstechnieken, lijken dus mee te zijn betrokken in de analyse van de eenheidsprijzen. Meer nog, de analyse doet er op het eerste gezicht van blijken dat daarbij ook aandacht is verleend aan de acceptatiecriteria opgegeven door de inschrijvers.

19. Deze analyse heeft volgens de verwerende partij niet tot de vaststelling geleid dat er eenheidsprijzen abnormaal werden geacht zodat geen prijsbevraging diende te worden georganiseerd overeenkomstig artikel 44, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren.

20. De verzoekende partij lijkt als uitgangspunt hetzij het niet bevragen na detectie van abnormale eenheidsprijzen, hetzij het niet nazien van het bestaan van schijnbaar abnormale eenheidsprijzen, te hanteren. Die grieven

kunnen dus niet worden bijgevalen want vinden geen feitelijke grondslag in het administratief dossier.

21. De verwerende partij bevestigt in haar nota ten slotte dat zij de prijsverantwoording die zij heeft ontvangen over het totale offertebedrag mee heeft aangewend bij de beoordeling of er al dan niet schijnbaar abnormale eenheidsprijzen voorhanden zijn. De gegevens zelf van de betrokken verantwoording van dat bedrag worden door de verzoekende partij in elk geval niet bekritiseerd.

22. De verzoekende partij maakt aldus niet met de vereiste ernst aannemelijk dat het prijzenonderzoek gebrekkig zou zijn gevoerd of op een wijze die zou strijden met formelemotiveringsverplichtingen.

Het tweede middel is niet ernstig.

VI. Besluit

23. Geen van beide middelen is 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 veertien september tweeduizend twintig, 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