

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.639 van 29 januari 2021
in de zaak A. 232.589/XII-9020**

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

tegen:

LEEFMILIEU BRUSSEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Charles-Henri de La Vallée Poussin en Joke Guns
kantoor houdend te 1050 Brussel
Eugène Flageyplein 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV EUROGREEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jean-François Davreux en Lionel-Albert Baum
kantoor houdend te 5000 Namen
Lombardstraat 67
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 23 december 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van 5 november 2020 uitgaande van Leefmilieu Brussel waarbij de opdracht voor het onderhoud van groene ruimten — Centrum zone — Jubelpark wordt gegund aan Eurogreen sa voor 401.442,84 € excl. btw of 485,745,84 € incl. btw, en de impliciete beslissing om deze opdracht niet aan Krinkels nv te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 18 januari 2021 heeft de nv Eurogreen gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 januari 2021, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Fabian Swennen, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Charles-Henri de La Vallée Poussin en Joke Guns, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Lionel-Albert Baum, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit, met als voorwerp onderhoud van groene ruimten.

De opdracht wordt gegund met een openbare procedure met de prijs als enig gunningscriterium.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 30 juli 2020 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie op 4 augustus 2020.

Op de opdracht is het bestek “Onderhoud van groene ruimten – Centrum zone – Jubelpark” met als referentie 2020G0157 van toepassing.

3.2. Op 4 september 2020 vindt de openingszitting plaats. Vijf offertes, waaronder ook deze van de verzoekende partij, worden ingediend.

3.3. Op 6 november 2020 wordt een gunningsverslag opgesteld. Na vergelijking van de regelmatig bevonden offertes wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Eurogreen, de tussenkomende partij in de huidige procedure.

3.4. Op 27 november 2020 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv Eurogreen.

Met een aangetekend schrijven van 2 december 2020 en een e-mailbericht van 15 december 2020 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van het feit dat haar offerte niet werd gekozen. Het gunningsverslag wordt als bijlage gevoegd.

IV. Tussenkomst

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

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van de vordering op voor zover ze is gericht tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen.

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

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 voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4, 66, § 3, en 83 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de “algemene principes van gelijkheid en transparantie en artikelen 10 en 11 van de Grondwet”, artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), het bijzonder bestek, de formele- en materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“doordat verwerende partij de offerte van Eurogreen sa in de bestreden beslissing aanmerkt als de economisch meest voordelige offerte (en derhalve ook impliciet beslist om de opdracht niet aan verzoekster toe te wijzen).

doordat verwerende partij, onder het mom van het opvragen van ontbrekende informatie, in feite heeft toegestaan dat Eurogreen sa haar substantieel onregelmatige offerte te regulariseren;

doordat het inzetten van elektrische machines in het Bijzonder Bestek immers als minimumvereiste is voorgeschreven en derhalve te aanzien is als zijnde een essentiële bepaling;

terwijl het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers, dat zijn oorsprong vindt in art. 4 van de Overheidsopdrachtenwet, alsook in de artikelen 10 en 11 Grondwet, vereist dat iedere inschrijver op een gelijke wijze wordt behandeld;

en terwijl artikel 83 Overheidsopdrachtenwet en artikel 76 KB Plaatsing vereisen dat verwerende partij de ingediende offertes op een zorgvuldige wijze controleert op hun regelmatigheid, waarbij een niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten in het kader van een openbare procedure moet leiden tot de verplichte nietigheid van de betreffende offerte;

en terwijl artikel 66 §3 Overheidsopdrachtenwet stelt dat verzoeken tot verduidelijking of vervollediging worden gedaan met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie

en, indien gebruik wordt gemaakt van de openbare of de niet-openbare procedure zoals in casu, zonder dat dit aanleiding mag geven tot een wijziging van de essentiële elementen van de offerte.

en terwijl verwerende partij - als aanbestedende overheid - gebonden is aan de bepalingen uit haar eigen Bestek op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel patere legem quam ipse fecisti als algemene beginselen van behoorlijk bestuur; zodat de opdracht niet werd gegund aan de laagst regelmatige inschrijver, zijnde verzoekster.”

Beoordeling

8. Het bestek bepaalt met betrekking tot de selectiecriteria en de stukken die bij het offerteformulier dienen te worden gevoegd :

“ Technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver (selectiecriteria)
Het UEA waarmee de ondernemer verklaart dat hij voldoet aan de onderstaande selectiecriteria:

Nr.	Selectiecriteria	Minimumvereisten
1	Een lijst van de voornaamste diensten die gedurende de laatste drie jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag, de datum en de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren.	De lijst moet minstens 3 opdrachten bevatten voor het onderhoud van groene ruimten in een stedelijk gebied voor minstens 100.000 euro excl. btw/opdracht/jaar sinds 2017.
2	Een verklaring welke de werktuigen, het materieel en de technische uitrusting vermeldt waarover de dienstverlener voor het verlenen van de opdracht beschikt.	Voor de uitvoering van de opdracht moet de dienstverlener enkel elektrische machines gebruiken: 2 grasmaaiers, 2 kettingzagen, 2 bosmaaiers, 2 bladblazers, 2 heggenscharen en 1 mechanische borstel.

”

De gekozen inschrijver heeft bij zijn offerte een lijst gevoegd met het materieel waarover hij beschikt. Bij brief van 30 september 2020 vraagt de verwerende partij aan de gekozen inschrijver om zo spoedig mogelijk en ten laatste binnen de 12 dagen een vervolledigde lijst van materieel te bezorgen, aangevuld met elektrische heggenscharen.

De gekozen inschrijver antwoordt bij brief van 5 oktober 2020, met als bijlage een tabel van materieel waarin twee elektrische bosmaaiers van het merk Pellenc Excelion 2000 worden opgenomen.

Met betrekking tot de kwalitatieve selectie wordt ten aanzien van de gekozen inschrijver in het gunningsverslag vermeld:

“In orde na verificatie van het UEA

Verificatie:

De inschrijver Eurogreen bezorgt diensten die werden uitgevoerd in Leefmilieu Brussel sinds 2016 in de parken Stad, Elisabeth – Basiliek, Laken, Sint-Annadreef.

De inschrijver Eurogreen stelt een volledige lijst voor van al hun machines en een lijst voor de elektrische machines voornamelijk van het merk Pellenc, Majoris en Stalker. Deze lijst bevat evenwel geen elektrische bosmaaier.

De inschrijver heeft het bezoekattest van 11 augustus bijgevoegd.

Op basis van deze informatie wordt de inschrijver Eurogreen uitgenodigd om de lijst van machines tegen 30 september te vervolledigen.

Op 5 oktober antwoordt de inschrijver Eurogreen door zijn lijst van elektrische machines aan te vullen met twee elektrische bosmaaiers, als gevolg waarvan hij wordt geselecteerd.

De inschrijver voegt een uittreksel uit het strafregister bij met de vermelding ‘NIHIL’.

De inschrijver is dus in orde.”

9. Artikel 66, § 3, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt onder afdeling 3 – “Selectie van deelnemers en gunning van opdrachten”:

“Onverminderd artikel 39, § 6, tweede lid, kan de aanbestedende overheid, wanneer de door de kandidaat of inschrijver in te dienen informatie of documentatie onvolledig of onjuist is of lijkt te zijn of wanneer specifieke documenten ontbreken, de betrokken kandidaat of inschrijver verzoeken die informatie of documentatie binnen een passende termijn in te dienen, aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen, mits dergelijke verzoeken worden gedaan met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie en, indien gebruik wordt gemaakt van de openbare of de niet-openbare procedure, zonder dat dit aanleiding mag geven tot een wijziging van de essentiële elementen van de offerte.”

Op grond van de voormelde bepaling beschikt de aanbestedende overheid bijgevolg onder de daar vermelde voorwaarden, waaronder inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, over de mogelijkheid om een inschrijver te vragen om

de inlichtingen en documenten met betrekking tot de selectie aan te vullen of toe te lichten.

10. Te dezen dienden zoals hierboven gezien de inschrijvers met betrekking tot de kwalitatieve selectie bij hun offerte een ingevuld Uniform Europees Aanbestedingsdocument (hierna: UEA) te voegen waarin de inschrijver onder meer diende te verklaren te beschikken over het vereiste materieel, namelijk twee elektrische grasmaaiers, twee elektrische kettingzagen, twee elektrische bosmaaiers, twee elektrische bladblazers, twee elektrische heggenscharen en een mechanische borstel.

Volgens de gegevens opgenomen in het administratief dossier, voegde de gekozen inschrijver bij zijn offerte het ingevulde UEA waarin voor het vereiste materieel werd verwezen naar een bijgevoegde gedetailleerde lijst.

In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat het bij de offerte voegen van de lijst met materieel waarover de inschrijver beschikt, in het bestek niet op straffe van nietigheid lijkt te zijn opgelegd.

Voorts blijkt de gekozen inschrijver enkel de mogelijkheid te hebben gekregen de reeds ingediende algemene lijst met meer dan honderd vermelde gereedschappen, werktuigen en technische uitrustingen waarover de gekozen inschrijver beschikte, na opening van de offertes aan te vullen met twee elektrische bosmaaiers waarover hij reeds beschikte bij de indiening van de offerte.

In de brief van 30 september 2020 van de verwerende partij lijkt er per vergissing wel sprake van de vraag tot aanvulling met 2 elektrische heggenscharen (tailles haies électriques). Die stonden wel degelijk vermeld op de oorspronkelijke lijst. De lijst werd wel aangevuld met twee elektrische bosmaaiers (débroussailleuses électriques). De gekozen inschrijver wijst er in zijn verzoekschrift tot tussenkomst op dat hij een niet-geactualiseerde versie van zijn materieellijst bij zijn offerte had gevoegd waarop nog niet alle materieel werd vermeld waarover hij op het moment van het indienen van de offerte beschikte. Uit de in het administratief dossier opgenomen factuur met betrekking tot onder meer twee elektrische bosmaaiers Stihl lijkt op het eerste gezicht, in de huidige stand van

het geding, inderdaad te mogen worden afgeleid dat de gekozen inschrijver reeds op 30 juni 2020, dit is meer dan twee maanden vóór het indienen van de offerte, beschikte over deze bosmaaiers. Eerder dan de mogelijkheid te bieden een bijkomend stuk in te dienen, lijkt het dan ook dat aan de gekozen inschrijver de mogelijkheid werd geboden om een vergissing in een reeds overgelegd stuk met betrekking tot de kwalitatieve selectie recht te zetten.

Gelet op het voorgaande lijkt de verwerende partij aan de gekozen inschrijver niet de mogelijkheid te hebben gegeven om een essentieel element van zijn offerte te wijzigen of een nieuwe offerte in te dienen. Er valt op het eerste gezicht ook niet in te zien hoe de gekozen inschrijver door de mogelijkheid tot aanvulling of actualisering van de materieellijst met betrekking tot werktuigen waarover de inschrijver reeds beschikte bij het indienen van de offerte, een concurrentieel voordeel zou hebben genoten waardoor de gelijke behandeling van de inschrijvers in het gedrang kwam. Dezelfde mogelijkheid tot aanvulling van de materieellijst lijkt ook te zijn geboden aan de andere inschrijvers die zich in een analoge situatie bevonden, te weten, de inschrijver nv Abog.

Er wordt aldus *prima facie* geen schending aangetoond van het voormelde artikel 66, § 3, noch van het gelijkheidsbeginsel of van artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 en de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, waarin dit beginsel is vervat.

11. In de mate dat de verzoekende partij ook een schending aanvoert van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 lijkt de verzoekende partij in haar middel voorbij te gaan aan het onderscheid dat moet worden gemaakt tussen de selectievereisten waaraan een inschrijver dient te voldoen en waaromtrent een minimaal niveau wordt vastgesteld in de opdrachtdocumenten, enerzijds, en de minimale technische vereisten waaraan de uitvoering van de opdracht moet voldoen en die moeten blijken uit de offerte, waarnaar artikel 76, § 1, 3°, van het voormelde koninklijk besluit lijkt te verwijzen. Het niet voldoen aan het minimale niveau inzake de selectiecriteria leidt immers niet tot de (substantiële) onregelmatigheid van de offerte, maar in voorkomend geval tot de niet-selectie van de inschrijver.

Te dezen dienden de inschrijvers bij hun offerte een materieellijst te voegen in het kader van het onderzoek van de selectiecriteria inzake technische en beroepsbekwaamheid. Deze lijst werd dus in het bestek niet gevraagd in het kader van de uitvoering van de opdracht en het onderzoek naar de overeenstemming van de offerte met de technische vereisten van het bestek. In het bestek werd te dezen weliswaar bij de technische vereisten van de opdracht eveneens bepaald dat de opdracht diende te worden uitgevoerd met elektrische machines, doch zonder dat hierbij werd gevraagd een materieellijst of technische fiches van het ingezette materieel bij de offerte te voegen. Het bijvoegen van de materieellijst bij de offerte werd bovendien ook niet opgelegd op straffe van nietigheid van de offerte.

Te dezen lijkt de aanbestedende overheid geenszins te hebben vastgesteld dat de gekozen inschrijver initieel niet voldeed aan de technische vereisten uit het bestek zodat er ook geen mogelijkheid tot regularisatie van een onregelmatige offerte werd geboden. Het is immers in de aan het regelmatigheidsonderzoek van de offertes voorafgaande fase van de selectie dat de aanbestedende overheid tot de vaststelling kwam dat het door de gekozen inschrijver ingediende document inzake het materieel waarover hij beschikte om zijn technische bekwaamheid aan te tonen onvolledig was zodat zij daaromtrent om een aanvulling vroeg.

Bovendien blijkt niet dat de gekozen inschrijver niet voldeed aan het minimaal vereiste niveau inzake technische en beroepsbekwaamheid. Zoals hiervoor reeds vastgesteld beschikte hij vóór de uiterste indieningsdatum van de offertes over het minimaal vereiste materieel om geselecteerd te worden voor de opdracht, maar diende hij een verkeerde materieellijst in bij zijn offerte.

De verzoekende partij toont dan ook geen schending aan van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, noch van artikel 83 van de wet overheidsopdrachten 2016, dat tot een regelmatigheidsonderzoek van de offertes verplicht. Evenmin toont zij een schending aan van de besteksbepalingen, noch van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

12. In de mate dat de verzoekende partij ten slotte een schending aanvoert van de formelemotiveringsplicht, zet zij geenszins uiteen op welke wijze deze verplichting te dezen zou zijn geschonden. Het middel is voor zover niet ontvankelijk.

13. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

14. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 36, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van de “algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“doordat verwerende partij geen deugdelijk en doortastend prijsonderzoek heeft gevoerd;
doordat verwerende partij immers niet heeft vastgesteld dat de verantwoording van Eurogreen sa over zowel diens totaalprijs als haar eenheidsprijzen een verdedigbare achterliggende verklaring biedt, doch enkel de prijscomponenten weergeeft en verduidelijkt. Er is dan ook geen sprake van enige kritische, inhoudelijke beoordeling van de aangeboden verantwoordingen;
doordat Eurogreen sa argumenten aanreikt die geen verband houden met de calculatie van prijzen en die zelfs geen rekening houden met alle prijsfactoren;
doordat verwerende partij zich louter de motieven van Eurogreen sa eigen heeft gemaakt;
doordat verwerende partij bovendien geen controle heeft verricht van de na te leven verplichtingen van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht zoals voorzien in artikel 36 §2, vierde lid KB Plaatsing juncto artikel 7, eerste lid Overheidsopdrachtenwet;
terwijl artikel 84 Overheidsopdrachtenwet voorschrijft dat een prijs- of kosten onderzoek op de ingediende offertes dient te worden uitgevoerd;

terwijl artikel 36 §§ 2- 3 KB Plaatsing de voorschriften omhelst voor het verzoeken van een prijsverantwoording en te ondernemen stappen bij het beoordelen ervan;

terwijl zowel de materiële motiveringsplicht als algemeen rechtsbeginsel, als de formele motiveringsplicht vereisen dat iedere bestuurshandeling gedragen wordt door motieven die in rechte en in feite aanvaardbaar zijn;

terwijl het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur vereist dat verwerende partij haar (bestreden) beslissing op een zorgvuldige wijze voorbereid en steunt op werkelijk bestaande en concrete feiten, die met de vereiste zorgvuldigheid zijn vastgesteld, zodanig dat zij met kennis van zaken kan beslissen;

zodat de opdracht niet met zekerheid werd gegund aan de laagst regelmatige inschrijver.”

Beoordeling

15. Artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt:

“De aanbestedende overheid voert een prijzen- of kostenonderzoek uit op de ingediende offertes, overeenkomstig de door de Koning te bepalen nadere regels. De Koning kan in uitzonderingen voorzien op het prijzen of kostenonderzoek voor de door Hem te bepalen opdrachten. Op haar verzoek verstrekken de inschrijvers tijdens de plaatsingsprocedure alle nodige inlichtingen om dit onderzoek mogelijk te maken.”

Artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“§ 1. Indien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken, voert de aanbestedende overheid een bevraging van deze laatste uit. [...]

§ 2. Bij de prijzen- of kostenbevraging verzoekt de aanbestedende overheid 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. [...]

De verantwoording houdt met name verband met :

1° de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;

2° de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten;

3° de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;

4° de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver.

In het kader van de in het eerste lid bedoelde prijzen- of kostenbevraging verzoekt de aanbestedende overheid de inschrijver om de schriftelijke verantwoordingen over te maken inzake de eerbiediging van de verplichtingen bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de wet, die van toepassing zijn in de domeinen van het sociaal, arbeids- en milieurecht, met inbegrip van de verplichtingen die van toepassing zijn op het vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid.

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

Zo nodig ondervraagt de aanbestedende overheid de inschrijver opnieuw. Dit gebeurt schriftelijk. In dit geval kan de termijn van twaalf dagen worden ingekort.

§ 3. De aanbestedende overheid beoordeelt de ontvangen verantwoordingen en :

1° stelt ofwel vast dat het bedrag van een of meer niet-verwaarloosbare posten een abnormaal karakter vertoont en weert de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;

2° ofwel, stelt vast dat het totale offertebedrag een abnormaal karakter vertoont en weert de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;

3° ofwel, motiveert in de gunningsbeslissing dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont.

De aanbestedende overheid wijst de offerte eveneens af wanneer zij heeft vastgesteld dat het totale offertebedrag abnormaal laag is omdat de offerte niet voldoet aan de in artikel 7, eerste lid, van de wet, bedoelde verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal- of arbeidsrecht omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is.

[...].”

Artikel 7, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 waarnaar het hierboven aangehaalde artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 verwijst, bepaalt:

“De ondernemers zijn ertoe gehouden alle toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu- sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het Europees Unierecht, nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomsten of uit hoofde van de in bijlage II vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht, na te leven en te doen naleven door elke persoon die handelt als onderaannemer in welke fase ook, en door elke persoon die personeel tewerkstelt voor de uitvoering van de opdracht.”

16. Te dezen werd in het gunningsverslag, op grond waarvan de bestreden beslissing werd genomen en dat als bijlage bij de gunningsbeslissing

werd gevoegd en er integraal deel van uitmaakt, met betrekking tot het prijsonderzoek het volgende overwogen:

“Nazicht abnormale eenheidsprijzen en totale offerteprijzen:
Berekening abnormale totale offerteprijzen (excl. btw)
De prijs van elke offerte wordt vergeleken met de gemiddelde offerteprijs.
Berekening gemiddelde Offerteprijs op basis van :
Laagste Offerteprijs niet meegerekend
Hoogste Offerteprijs niet meegerekend
Maximale afwijking : 15,00%
Zowel abnormaal hoge als abnormaal lage prijzen
Dit geeft een Gemiddelde van : 540.262,25 €
Dit geeft een Minimum van : 459.222,91 €
Dit geeft een Maximum van : 621.301,59 €
Volgende abnormale totale offerteprijzen werden vastgesteld :
- Offerte nr. : 4 van Iris Greencare sprl
Totale Offerteprijs excl. btw : 806.265,86 € (afwijking : + 49,24%)
- Offerte nr. : 5 van Krinkels
Totale Offerteprijs excl. btw : 679.081,66 € (afwijking : + 25,69%)
- Offerte nr. : 3 van Eurogreen sa
Totale Offerteprijs excl. btw : 401.442,84 € (afwijking : - 25,69%)
- Offerte nr. : 2 van Estate and Landscape Management
Totale Offerteprijs excl. btw : 279.524,14 € (afwijking : - 48,26%)
[...]

De offerte van de inschrijver Eurogreen sa heeft een afwijking van -25,69% en er wordt hem gevraagd tegen 19 oktober de prijzen te rechtvaardigen voor de posten die meer dan 2% van het totale bedrag vertegenwoordigen met een afwijking van minstens 15% tegenover het gemiddelde. De geselecteerde posten zijn de volgende:

0.1.2.1 : Herstelling van sporen

0.3.6.2 : Maaien met opvang met behulp van een maaimachine

0.3.6.4 : Maaien zonder opvangbak

0.9.2 : : Verzamelen van bladeren en afval

Op 30 oktober heeft de inschrijver Eurogreen geantwoord door de globale prijs te verantwoorden door een lange ervaring in het onderhoud, in het bijzonder voor het Jubelpark, door voordelige prijzen voor de levering als gevolg van de hoeveelheid van de bestelling (met het bewijs van de prijsopgave van de onderaannemer), een kostprijs van de machines (met aankoop-, verzekerings- en afschrijvingsbewijzen), als gevolg van de combinatie van het gebruik ervan in andere parken van LB waarmee hij een contract heeft en de ervaring van de tuiniers. Elke post wordt gerechtvaardigd door de kostprijs van de levering, van het materiaal en van de arbeidskrachten.

Het betreft:

0.1.2.1 : Onderhoud van de oppervlakten in dolomiet: herstelling van de sporen

De prijs is gerechtvaardigd door de kostprijs van het dolomiet met een dikte van 5 cm aan 2,8€/m², de kostprijs van het materiaal d.w.z. de trilschijf aan 15€/dag, de kipwagen voor 72€/dag en de minigraafmachine voor 149€/dag en de arbeidskosten van twee arbeiders aan 432€ voor 1 dag.

Na controle van de kostprijs van het dolomiet van de leverancier-onderaannemer, de kosten van de machines en hun verbruik en de personeelskosten wordt de rechtvaardiging aanvaard.

0.3.6.2. : Maaien met verzameling van het maaisel met behulp van een roterende maaimachine.

De prijs wordt gerechtvaardigd door de kostprijs van het materiaal, d.w.z. een elektrische zitmaaier voor 65€/dag, twee elektrische grasmaaiers voor 40€/dag, een elektrische bosmaaier voor 10€/dag, twee elektrische bladblazers voor 10€/dag en een bestelwagen voor 72€/dag. En voor de arbeidskosten van een machinebestuurder en 3 tuiniers aan 216€/dag per persoon. De duur van de werken wordt geschat op twee dagen.

Na controle van de kostprijs van de machines en hun verbruik en de personeelskosten wordt de rechtvaardiging aanvaard.

0.3.6.4. : Maaien zonder opvangbak

De prijs wordt gerechtvaardigd door de kostprijs van het materiaal, d.w.z. een elektrische zitmaaier voor 65€/dag, twee elektrische grasmaaiers voor 40€/dag, een elektrische bosmaaier voor 10€/dag, twee elektrische bladblazers voor 10€/dag en een bestelwagen met aanhangwagen voor 100€/dag, een tractor met turbine voor de verzameling aan 48€ en een vrachtwagen met container voor de verwijdering voor 240€/halve dag. En voor de arbeidskosten van twee machinebestuurders en 3 tuiniers aan 216€/dag per persoon. De duur van de werken wordt geschat op twee dagen.

Na controle van de kostprijs van de machines en hun verbruik en de personeelskosten wordt de rechtvaardiging aanvaard.

0.9.2. : Verzamelen van bladeren en afval

De prijs wordt gerechtvaardigd door de kosten per toegestane tonnagezone te scheiden volgens het plan dat tijdens de publicatie wordt verstrekt.

Voor de groene zone wordt de prijs gerechtvaardigd door de kostprijs van een kipwagen met stofzuiger voor 110€/dag en drie elektrische bladblazers voor 15€/dag en door de arbeidskosten van vier tuiniers aan 864€/dag.

Voor de gele zone wordt de prijs gerechtvaardigd door de kostprijs van een tractor met laadbak voor 256€/dag, drie elektrische bladblazers voor 15€/dag en door de arbeidskosten van 3 tuiniers aan 648€/dag.

De kostprijs van de evacuatie wordt gerechtvaardigd door de kostprijs van een vrachtwagen en voorlader aan 800€/dag. Er zijn geen kosten voor de tenlasteneming.

De controle van de verschillende kosten voor vijf operaties laat toe de rechtvaardiging te aanvaarden.”

Uit het gunningsverslag en de stukken van het administratief dossier blijkt op het eerste gezicht dat de verwerende partij met toepassing van

artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 aan de nv Eurogreen en aan Estate and Landscape Management een prijsverantwoording heeft gevraagd.

Uit de stukken van het administratief dossier en meer bepaald de brief van 19 oktober 2020, die de verwerende partij richtte aan de sa Eurogreen, blijkt dat deze vraag tot prijsverantwoording zowel betrekking had op de totale offerteprijs als op de eenheidsprijs van een aantal aangeduide posten.

Bij brief van 30 oktober 2020 bezorgde de gekozen inschrijver zijn prijsverantwoording.

De aanbestedende overheid beschikt over beoordelingsruimte om de gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden. De Raad van State kan zich bij een dergelijke beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur. Hij mag wel nagaan of de motieven, op grond waarvan de bestreden beslissing tot het besluit komt dat er geen sprake is van abnormale prijzen, in aanmerking mogen worden genomen wat onder meer vereist dat ze naar behoren zijn bewezen en dat daarbij de appreciatie van het bestuur de perken van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten is gegaan. Op grond van de formelemotiveringsverplichting moet worden aangenomen dat in de gunningsbeslissing afdoende redenen worden opgegeven waarom een gekozen offerte na prijsonderzoek regelmatig wordt bevonden.

17. In de eerste plaats kan worden vastgesteld dat de verwerende partij bij de aanvaarding van de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver voor zijn totale prijs rekening heeft gehouden met niet-cijfermatige gegevens zoals de ervaring van de gekozen inschrijver met tuinonderhoudswerken specifiek met betrekking tot de site van het Jubelpark en schaalvoordelen. Op het eerste gezicht kunnen ook niet-cijfermatige gegevens een prijsverantwoording uitmaken, des te meer indien een prijsverantwoording werd gevraagd voor een totaalprijs. Te dezen dient daarbij ook in beschouwing te worden genomen dat de aangevoerde ervaring van de gekozen inschrijver specifiek betrekking heeft op de uitvoering van de tuinonderhoudsdiensten zoals omschreven in de opdracht op onder meer de zelfde site waar de diensten voor de huidige opdracht moeten worden uitgevoerd.

De aanbestedende overheid lijkt te dezen voorts niet onzorgvuldig te oordelen wanneer zij aanneemt dat de schaalvoordelen waarover de gekozen inschrijver beschikt en die deze in zijn prijsverantwoording toelicht, namelijk een lagere kostprijs voor gebruik van machines en personeel door de combinatie van het gebruik ervan in andere parken van de verwerende partij waar gelijktijdig ook onderhoudswerken worden uitgevoerd en de lagere kostprijs voor leveringen als gevolg van de hoeveelheid van de bestellingen, inderdaad een positieve impact kunnen hebben op de prijs die de gekozen inschrijver aanrekent voor een concrete dienstverlening.

18. Inzake de eenheidsprijzen heeft de verzoekende partij in een nadere uitwerking van haar middel de prijsverantwoording van de bevraagde posten aan kritiek onderworpen.

In het mondeling advies ter terechtzitting van het auditoraat werd deze kritiek als volgt afgewezen.

Wat de aanvaarding van de eenheidsprijzen voor de bevraagde posten betreft, blijkt dat de verwerende partij de gedetailleerde prijsopbouw van de gekozen inschrijver heeft onderzocht voor de verschillende posten, aan de hand van de personeelskosten, het in te zetten materieel en de materieelkosten (met detaillering van aankoopprijs dan wel leasingprijs, afschrijvingskosten, verzekeringskosten, onderhoudskosten, energiekosten en belastingen) en de ingeschatte tijdsbesteding. Uit de prijsverantwoording zoals die is opgenomen in het administratief dossier en waarvan de Raad kennis kan nemen, blijkt dat deze prijscomponenten nader werden ondersteund door facturen van leveranciers en verzekeraars, loonfiches en dergelijke meer.

De verzoekende partij, die kennis heeft kunnen nemen van de belangrijkste kosten per bevraagde post door de herneming hiervan in het gunningsverslag, voert nergens een reden aan op grond waarvan de gehanteerde kostprijs voor materieel en personeel abnormaal laag zou zijn dan wel de gekozen inschrijver niet in staat zou stellen de betrokken werken per post uit te voeren met respect voor de wettelijke verplichtingen inzake sociaal recht, milieu- en arbeidsrecht. Zij beperkt er zich toe te betogen dat de prijscomponenten slechts worden weergegeven zonder achterliggende verklaring. Een dergelijke kritiek is in die omstandigheden niet van aard om met de in een

procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereiste evidentie aan te tonen dat de verwerende partij te dezen ten onrechte zou hebben besloten dat de prijsverantwoording van de verzoekende partij voor haar schijnbaar abnormaal lage eenheidsprijzen onvoldoende was om de schijn van abnormaliteit weg te nemen.

Ten aanzien van de kritiek van de verzoekende partij, dat de gekozen inschrijver in zijn prijsverantwoording een aantal elementen van de opdracht over het hoofd zou hebben gezien, blijkt op het eerste gezicht uit de gegeven prijsverantwoording en de beoordeling door de verwerende partij dat deze kritiek feitelijke grondslag mist.

Voor zover de verzoekende partij aanvoert dat niet blijkt of de gekozen inschrijver bij de post 0.1.2.1 rekening heeft gehouden met kost voor afvoer en verwerking van het te verwijderen materiaal en van de afval dat hierbij vrijkomt, lijkt op het eerste gezicht uit het voorzien van materieel als een kipwagen en minigraafmachine te mogen worden afgeleid dat de gekozen inschrijver hiermee rekening heeft gehouden.

Voor zover de verzoekende partij doet gelden dat de gekozen inschrijver bij de post 0.3.6.2 – maaien met opvang – geen rekening zou hebben gehouden met de kosten voor het verzamelen, verwijderen en verwerken van afval van allerlei aard op de grasperken en de transport- en verwerkingskosten voor het afgemaaid gras lijkt uit het gegeven dat de gekozen inschrijver voor deze post onder meer een vrachtwagen met container voor evacuatie voorziet te mogen worden afgeleid dat de kosten voor afvoer van het maaisel wel degelijk werden inbegrepen. Wat de kosten voor het verzamelen, verwijderen en verwerken van afval betreft dat niet op het grasperk thuishoren, lijkt de verzoekende partij in haar kritiek onvoldoende aan te geven welke kosten zij precies bedoelt, aangezien het opruimen van afval die onder meer niet thuishoort op grasperken eerder vervat lijkt in de post 0.9.1 “regelmatig opruimen van het afval” (de post omvat volgens het bestek het opruimen en evacueren van alle soorten afval op alle groenoppervlakken) of de post 0.9.2 “opkuis van bladeren en afval” (de post omvat het seizoensgebonden verzamelen en verwijderen van bladeren en afval op de hele oppervlakte van de groene ruimte met uitzondering van de binnenkant van de beplanting).

Hetzelfde geldt voor zover de verzoekende partij aanvoert dat de gekozen inschrijver voor post 0.3.6.4 – maaien zonder opvang – geen rekening zou hebben gehouden met de kost voor het verzamelen, verwijderen en verwerken van afval van allerlei aard dat niet op het grasperk thuishoort. In de mate dat de verzoekende partij beweert dat de gekozen inschrijver geen rekening zou hebben gehouden met het feit dat voor deze post het afgemaaid gras op regelmatige basis en op homogene wijze moet worden

verspreid over de volledige oppervlakte van het grasperk, blijkt op het eerste gezicht dat de gekozen inschrijver voor deze post in de inzet van bladblazers heeft voorzien voor het verspreiden van het gras.

Voor zover de verzoekende partij aanvoert dat de gekozen inschrijver geen prijs zou hebben voorzien voor het verzamelen, verwijderen en verwerken van afval – post 0.9.2, noch voor het afvoeren en verwerken van bladafval, blijkt op het eerste gezicht dat de gekozen inschrijver in zijn prijsverantwoording voor deze post zowel de kosten heeft opgenomen voor de inzet van personeel als voor de inzet van een vrachtwagen die kantelt, een stofzuiger, elektrische bladblazers en voor de evacuatie van de afval van de stockagezone naar een energieproductiecentrum.

De verzoekende partij verduidelijkt daarnaast niet concreet waarom de transportkosten voor het vervoeren van de nodige machines en personeel naar de plaats van uitvoering onmogelijk begrepen kunnen zijn in de prijs voor de inzet van het materieel en het personeel.

In de mate dat de verzoekende partij zich vragen stelt bij de aanwending van bladblazers door de gekozen inschrijver voor een aantal van de posten omdat dit gebruik onderworpen zou zijn aan voorafgaande toestemming, lijkt te mogen worden vastgesteld dat het gebruik van bladblazers door het bestek niet wordt verboden. De toestemming is erop gericht, zo verduidelijkt de verwerende partij in haar nota, om de tijdstippen en plaatsen van gebruik te reguleren. De verzoekende partij lijkt op het eerste gezicht ook zelf in de inzet van bladblazers te voorzien in haar offerte. De stelling van de verzoekende partij dat zij bij haar prijszetting zou zijn uitgegaan van een verbod op het gebruik van bladblazers, blijkt dan ook op het eerste gezicht niet uit haar offerte, minstens toont de verzoekende partij dit niet duidelijk aan.

Gelet op het voorgaande toont de verzoekende partij niet aan dat de verwerende partij geen zorgvuldig prijsonderzoek zou hebben gevoerd, noch dat zij haar beslissing om de gegeven prijsverantwoording te aanvaarden niet met in feite juiste en in rechte draagkrachtige motieven zou hebben onderbouwd. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij aanvoert, lijken deze motieven niet voor te komen als de weergave van vage en algemene verantwoordingselementen. Voorts maakt de verzoekende partij niet aannemelijk waarom de in het gunningsverslag weergegeven motivering met betrekking tot dit prijsonderzoek haar niet in staat stelde met kennis van zaken te oordelen of het zin had zich in rechte te verdedigen tegen de bestreden beslissing. De uitvoerige kritiek van de verzoekende partij op de vermeende ontbrekende

kostprijs-elementen lijkt van het tegendeel te getuigen. Bovendien heeft de verzoekende partij kennis mogen nemen van de prijs per component waaruit de eenheidsprijs per post in de offerte van de gekozen inschrijver was opgebouwd en heeft zij deze prijzen geenszins betrokken in haar kritiek. Er wordt dan ook geen schending van de formelemotiveringsplicht aangetoond.

Wat de kritiek van de verzoekende partij betreft dat uit het gunningsverslag niet zou blijken dat een bevraging werd gedaan omtrent de inachtneming van de verplichtingen bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 omdat er geen gewag werd gemaakt van de controle van de stavingsstukken moet het volgende worden opgemerkt.

Uit de door de gekozen inschrijver voorgelegde prijsverantwoording blijkt dat hij daarin een schriftelijke verantwoording heeft opgenomen van vier bladzijden met betrekking tot de naleving van de bepalingen inzake de arbeidsvoorwaarden en bescherming en welzijn op het werk, de loonvoorwaarden, de arbeidstijd, de psychosociale risico's, veiligheid en hygiëne op het werk, gelijke behandeling, respect voor het milieu, maatschappelijke verantwoordelijkheid van de onderneming en respect voor de verplichtingen inzake sociale zekerheid.

Zo geeft hij onder meer informatie omtrent de betaling van de bijdrage aan de RSZ, omtrent het Sociaal Fonds waarbij het bedrijf is aangesloten (Sociaal Fonds voor de inplanting en het onderhoud van parken en tuinen dat zorgt voor de toekenning en uitbetaling van sociale voordelen vastgesteld door het Paritair Comité voor het Tuinbouwbedrijf – de tuinaanleg en tuinonderhoud PC nr. 145.04), omtrent de betaalde lonen en voordelen aan het personeel door bijvoeging van een loonfiche, omtrent de arbeidstijden, omtrent het respect voor de veiligheid en het welzijn op het werk en de preventiedienst waarbij het bedrijf is aangesloten, de vorming van het personeel voor het uitvoeren van hoogtewerken, de aanstelling van een vertrouwenspersoon, het beschikken over een milieuvergunning en respect voor het milieu wat onder meer blijkt uit het blanco strafblad waarop geen veroordelingen voor milieumisdrijven voorkomen en een uiteenzetting over het afvalbeleid van het bedrijf.

Op het eerste gezicht blijkt op grond van de stukken in het administratief dossier aldus dat de gekozen inschrijver een schriftelijke verantwoording heeft overgemaakt inzake de eerbiediging van de verplichtingen bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de wet, die van toepassing zijn in de domeinen van het sociaal, arbeids- en milieurecht, met inbegrip van de verplichtingen die van toepassing zijn op het vlak van welzijn, lonen

en sociale zekerheid. Gelet op deze uiteenzetting in de prijsverantwoording lijkt het dat de verwerende partij door niet tot de vaststelling te komen dat de gekozen inschrijver zijn verplichtingen inzake sociaal recht, milieu- en arbeidsrecht niet nakwam, niet buiten de perken van de zorgvuldigheid is getreden.

De stelling van de verzoekende partij dat er geen deugdelijk prijsonderzoek zou zijn gevoerd omdat er geen controle werd uitgevoerd op de betrokken na te leven verplichtingen lijkt dan ook feitelijke grondslag te missen.

19. De Raad van State maakt in de huidige stand van de procedure deze beoordeling tot de zijne.

20. Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

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

BESLISSING

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

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van negenentwintig januari tweeduizend eenentwintig, 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