

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 250.815 van 8 juni 2021
in de zaak A. 182.891/XII-5096**

In zake: de NV MOURIK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat David D’Hooghe
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de OPENBARE VLAAMSE AFVALSTOFFEN-
MAATSCHAPPIJ (OVAM)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bert Beelen
kantoor houdend te 3000 Leuven
Justus Lipsiustraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 30 april 2007, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van 31 januari 2007 van OVAM waarbij de opdracht voor aanneming van werken Brugge-Carcoke-ABSW: afgraven van vervuilde bodem in vakken CD (bestek SI060609) aan de naamloze vennootschap DEC wordt gegund voor het bedrag van 3.130.506,78 euro (exclusief btw)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Na de terechtzitting van 26 april 2011 is bij arrest van de Raad van State nr. 213.588 van 31 mei 2011 het debat heropend.

Na de terechtzitting van 8 november 2011 is bij arrest van de Raad van State nr. 218.356 van 8 maart 2012 dr. Ir. Johan Germoets aangesteld als deskundige.

Op 28 mei 2019 werd een hoorzitting gehouden in het bijzijn van de partijen en de deskundige betreffende de duur van het deskundig onderzoek en de deskundige kreeg de instructie om zijn eindverslag neer te leggen uiterlijk op 30 september 2019.

Op 13 november 2019 is het eindverslag van de deskundige bij de Raad van State ingekomen.

Auditeur Thomas Maes heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft de voortzetting van de procedure gevraagd.

De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 april 2021 om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft de stand van de zaak uiteengezet.

Advocaat David D'Hooghe, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Hans-Kristof Carême, die loco advocaat Bert Beelen verschijnt voor de verwerende 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. Feiten en procedurevoorgaanden

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit, een aanneming van werken, voor het afgraven van vervuilde bodem in de vakken C en D op de site Carcoke te Brugge. De gunningswijze is de openbare aanbesteding.

3.2. Uit het proces-verbaal van opening der inschrijvingen van 19 september 2006 blijkt dat de volgende ondernemingen inschrijvingen hebben ingediend:

1. Aclagro-Seghers
2. Herbosch-Kiere
3. Jan De Nul - Envisan
4. Verhelst - Sita (basisofferte en variante)
5. Mourik (basisofferte en variante)
6. DEC
7. Shanks Vlaanderen.

De nv DEC blijkt de laagste prijs ten bedrage van 3.787.913,20 euro, btw inbegrepen, te hebben gegeven, terwijl de variante van de verzoekende partij ten bedrage van 4.317.299,28 euro, btw inbegrepen, als tweede inschrijving wordt gerangschikt.

3.3. Per aangetekend schrijven van 29 september 2006 schrijft de verwerende partij de nv DEC aan met het verzoek om de eenheidsprijzen van de posten 1.6, 3.3, 3.4 en 3.5 toe te lichten gelet op een vermoeden van abnormaliteit overeenkomstig artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’.

3.4. Op 6 oktober 2006 geeft de nv DEC de volgende verantwoording voor deze eenheidsprijzen:

“In navolging van uw schrijven van 29/09/2006 bezorgen wij u hierbij de verantwoording van de posten 1.6, 3.3, 3.4 en 3.5 van onze offerte voor bovenstaande aanbesteding.

Post 1.6 omvat de verwerking van 20 ton verzadigde waterzijdige actief kool, inclusief de levering van deze kool (10 ton droog gewicht) en de manuren, kraanuren en combiwagens nodig voor het vullen en leeg maken van de drukfilters.

Post 3.3 omvat het transport en de verwerking van de betreffende verontreinigde gronden. Na grondige analyse van de beschikbare grondgegevens zijn we tot het inzicht gekomen dat deze gronden, na sortering en een eerste verwerkingsfase in ons grondverwerkingscentrum, zullen kunnen gesplitst worden in drie deelstromen:

1. materiaal dat voldoet aan de normen voor hergebruik als bouwstof;
2. materiaal dat voldoet aan de normen voor hergebruik als bodem;
3. een overige fractie die moet worden afgevoerd voor verbranding.

Onze eenheidsprijs voor post 3.3 is aldus in die zin opgevat dat de partij grond naar ons grondverwerkingscentrum wordt getransporteerd, waar het een eerste behandeling (bioremediatie) zal ondergaan en waar de drie deelstromen van elkaar gescheiden worden. Vervolgens worden de eerste twee deelstromen aan de heersende marktprijs afgevoerd voor hergebruik en wordt de restfractie getransporteerd naar ATM voor verbranding.

Post 3.4 omvat het transport en de verwerking van de betreffende verontreinigde gronden. Na grondige analyse van de beschikbare grondgegevens zijn we tot het inzicht gekomen dat deze gronden, na zeping en een eerste verwerkingsfase in ons grondverwerkingscentrum, zullen kunnen gesplitst worden in drie deelstromen:

4. materiaal dat voldoet aan de normen voor hergebruik als bouwstof;
5. materiaal dat voldoet aan de normen voor hergebruik als bodem;
6. een overige fractie die fysico-chemisch zal gereinigd worden.

Onze eenheidsprijs voor post 3.4 is aldus in die zin opgevat dat de partij grond naar ons grondverwerkingscentrum wordt getransporteerd, waar het een eerste behandeling (zeving) zal ondergaan en waar de drie deelstromen van elkaar gescheiden worden. Vervolgens worden de eerste twee deelstromen aan de heersende marktprijs afgevoerd voor hergebruik en wordt de restfractie fysico-chemisch gereinigd.

Post 3.5 omvat het sorteren van de afvalstoffen gelijkgesteld aan huishoudelijk afval. Deze afvalstoffen worden gesorteerd samen met het huishoudelijk afval geproduceerd door onze werknemers op de site. De kost voor de opslag, afvoer en verwerking van dit afval zit dan ook begrepen in de werfkost (post 1.2).

De gedetailleerde prijsopbouw en externe offertes zijn bijgevoegd in bijlage. Voor de manuren, kraanuren, wielladers en combiwagens worden interne tarieven gebruikt.

Wij zijn ervan overtuigd dat we hierbij een duidelijk antwoord hebben gegeven op uw vraag, indien u bijkomende vragen hebt staan wij steeds te uwer beschikking.”

Bij dit antwoord voegt zij nog een aantal documenten zoals prijsoffertes voor transport en verwerking en prijsopbouw.

3.5. In het gunningsverslag wordt de inschrijvingsprijs van de nv DEC als normaal aanzien op grond van de volgende motivering:

“De totaalprijzen van de inschrijvers werden onderzocht op hun abnormaal karakter conform art. 110 van het KB 08.01.96. De inschrijving van DEC dient als abnormaal laag te worden beschouwd. Aan het bedrijf werd toelichting gevraagd.

Op 06.10.06 met ref. P&C/PCC/P2337/06-1000/VHK verklaarde DEC haar eenheidsprijzen: Naast overtuigingsstukken voegt de inschrijver een analyse toe, op basis van eigen bevindingen, waaruit blijkt dat de loten voor externe verwerking (dus posten 3.3 en 3.4) bijkomend en per post zullen worden bewerkt in een nabij grondverwerkingscentrum van de inschrijver. Dit centrum zal als tussenstation fungeren tussen de site en de in het bestek vermelde eindverwerkingscentra. De schijnbaar afwijkende eenheidsprijs is dus enkel te wijten aan een efficiëntere en beter afgewogen afvoer naar de eindverwerkingscentra. Derhalve wordt de inschrijvingsprijs als normaal aanzien.”

3.6. Op 31 januari 2007 beslist de Vlaamse minister van Openbare Werken, Energie, Leefmilieu en Natuur, om de opdracht te gunnen aan de nv DEC na het gunningsverslag te zijn bijgevalen.

3.7. Op 30 april 2007 stelt de verzoekende partij tegen deze beslissing het hier voorliggende beroep tot nietigverklaring in.

Met het voormelde tussenarrest nr. 213.588 van 31 mei 2011 wordt het debat heropend en een aanvullend auditoraatsverslag gevraagd.

3.8. In het voormelde tweede tussenarrest, nr. 218.356 van 8 maart 2012, wordt het tweede onderdeel van het tweede middel onontvankelijk verklaard.

Het eerste aangevoerde middel in zijn geheel en het eerste onderdeel van het tweede middel worden van een dermate technische aard bevonden dat het debat wordt heropend en een deskundige wordt aangesteld.

Dat arrest luidt onder meer als volgt:

“IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

4. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van artikel 100, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en de concessie voor openbare werken’ en van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

De verzoekende partij betoogt dat het niet mogelijk is dat de nv DEC én een normale prijs opgeeft voor de afvoer en verwerking van de afgegraven grond overeenkomstig het bestek én die prijs aanbiedt voor de hoeveelheden voorzien in het bestek. Een ‘normale’ eenheidsprijs voor de door het bestek voorgeschreven uitvoeringswijze vermenigvuldigd met de in het bestek opgenomen vermoedelijke hoeveelheden leidt immers, aldus verzoekende partij, onvermijdelijk tot een hogere inschrijvingsprijs dan die welke door de nv DEC is ingediend. De opdracht was geraamd op 5.000.000,00 euro btw niet inbegrepen, de inschrijvingsprijs van de nv DEC bedraagt 3.130.506,78 euro btw niet inbegrepen.

De verzoekende partij richt haar onderzoek naar de posten 3.3 en 3.4. In de samenvattende opmetingsstaat bij het bestek wordt voor deze posten afgraving en verwerking van de vervuilde grond het volgende vermeld:

Post	Omschrijving	Prijsbepaling	Eenheid	Eenheidsprijs	Hoeveelheid	Totaal (excl. BTW)
3.3	Afvoer van gronden met BTEX-PAK verontreiniging voor verbranding	VH	Ton	...	10.000	...
3.4	Afvoer van gronden met diverse verontreiniging maar reinigbaar fysicochemisch	VH	Ton	...	20.000	...

Verzoekende partij schuift als marktconforme eenheidsprijs voor thermische behandeling 50 euro/ton en voor fysico-chemische reiniging 35 euro/ton, transport niet inbegrepen, naar voor.

Op basis van het gemiddelde van de inschrijvingsprijzen, hoogste en laagste prijs uitgesloten, dit is 4.267.829,26 euro btw niet inbegrepen verminderd met een ‘normale inschrijvingsprijs van de totale verwerkingskosten van de posten 3.3 en 3.4’, dit is 1.200.000,00 euro btw niet inbegrepen, wordt een bedrag van 3.067.829,26 euro btw niet

inbegrepen verkregen. Wanneer dit bedrag afgetrokken wordt van de inschrijvingsprijs van de nv DEC, dit is 3.130.506,78 euro btw niet inbegrepen, wordt een bedrag van 62.677,52 euro btw niet inbegrepen verkregen 'zijnde het bedrag dat de nv DEC - uiteraard bij benadering - aan de grondverwerkingskosten voor de posten 3.3 en 3.4 moet hebben besteed'. Dit laatste bedrag zou betekenen dat de nv DEC voor de 30.000 ton vervuilde grond voor de posten 3.3 en 3.4 een inschrijvingsprijs van 2,09 euro/ton zou opgegeven hebben, prijs af te zetten tegenover voormelde 50 euro/ton en 35 euro/ton. Aldus is het volgens verzoekende partij duidelijk dat de nv DEC hetzij een abnormale prijs heeft opgegeven, hetzij de hoeveelheden gewijzigd heeft en geen 30.000 ton zal behandelen, hetzij de in het bestek voorgeschreven verwerkwingswijze niet zal eerbiedigen.

5. Verwerende partij merkt in de eerste plaats op dat verzoekende partij naast haar basisofferte ook een variante offerte heeft ingediend ad 4.317.299,28 euro btw inbegrepen, bedrag dat ook ver onder het ramingsbedrag ligt.

Zij wijst er voorts op dat de nv DEC voor de posten 3.3 en 3.4 wel degelijk de in de meetstaat voorziene hoeveelheden heeft vermenigvuldigd met haar eenheidsprijs; dit is voor post 3.3 10.000 ton aan 6,50 euro/ton wat een totaal geeft van 65.000,00 euro en voor post 3.4 20.000 ton aan 4,38 euro/ton wat een totaal geeft van 87.600 euro.

Vraag is, zo vervolgt verwerende partij, of deze eenheidsprijzen van de nv DEC normale prijzen zijn 'wetende dat de erkende bodemsaneringsdeskundige Soresma de kostprijs op respectievelijk 50 eur/ton en 35 eur/ton heeft geraamd'. De rechtvaardiging van de nv DEC in haar brief van 6 oktober 2006 houdt volgens verwerende partij wel degelijk steek. De nv DEC geeft de opbouw van haar prijzen en hieruit blijkt dat ze voor verbranding een prijs van 50,00 euro/ton en voor fysico-chemische reiniging 37,00 euro/ton hanteert. De nv DEC beperkt echter de tonnage bestemd voor verbranding en fysico-chemische reiniging door de afgegraven grond eerst in haar nabijgelegen grondverwerkingscentrum te Zeebrugge te bewerken. Daar zal deze grond een eerste maal worden behandeld en gesorteerd. Van de afgegraven grond zal aldus 95 % worden hergebruikt, namelijk 70 % als bodem en 25 % als bouwstof zodat slechts 5 % in aanmerking komt voor de verbranding en de fysico-chemische reiniging. De prijsopbouw is aldus een samenstelling van de transportkost naar haar grondverwerkingscentrum en het daar sorteren en bewerken ten belope 30.000 ton, van de opbrengst van de afzet van 21.000 ton als bodem (7,50 euro/ton) en 7.500 ton als bouwstof (3,00 euro/ton), van de transportkost van de restfractie van 500 ton naar ATM en van 1.000 ton naar GRC en van de verwerking door verbranding van 500 ton bij ATM en door fysico-chemische reiniging van 1.000 ton bij GRC. De nv DEC toont in haar offerte ook aan dat het aanneembaar is "dat, mits grondig sorteren [...] een belangrijke massa kan worden gerecupereerd waardoor

uiteindelijk slechts minimale hoeveelheden dienen te worden gereinigd en/of verbrand”.

Verwerende partij besluit tot de ongegrondheid van het middel.

6. In haar memorie van wederantwoord, na kennisname van het administratief dossier, merkt verzoekende partij op dat de prijsverantwoording van de nv DEC onmogelijk is.

In de eerste plaats zijn de resultaten van de eerste verwerkingsfase op het grondverwerkingscentrum van de nv DEC technisch onrealistisch. De nv DEC geeft in haar verantwoording aan dat zij door bioremediatie (post 3.3) en door zeving (post 3.4) 95 % van de afgegraven grond kan hergebruiken. Deze twee technieken bieden geen dergelijk resultaat: bioremediatie is niet werkzaam ten aanzien van PAK's (polycyclische aromatische koolwaterstoffen) en zeving haalt geen verontreiniging uit de grond. Verzoekende partij brengt daartoe een technische studie van het VITO en de codes voor goede praktijk voor het werken met uitgegraven bodem van verwerende partij bij. Overigens, zo merkt verzoekende partij op, toont noch verwerende partij noch de nv DEC aan dat de met PAK's vervuilde grond voldoende kan worden gereinigd om als bodem of grondstof te kunnen worden verkocht.

De bijzondere verwerkingsmethode van de nv DEC is echter ook financieel onrealistisch. Door deze eerste verwerkingsfase op haar grondverwerkingscentrum zou de nv DEC er in slagen voor de posten 3.3 en 3.4 een inschrijvingsprijs in te dienen die nog geen 10 % bedraagt van de algemene gangbare marktprijs wat niet geloofwaardig is. In de eerste plaats voorziet de nv DEC als prijs voor de bioremediatie 6,88 euro/ton daar waar de marktprijs tussen 20,00 en 28,00 euro/ton is. Voorts is de afzetprijs voor de hergebruikte bodem (7,50 euro/ton) en bouwstof (3 euro/ton) niet aangetoond noch aanneembaar; het is in tegendeel zo dat er geld zal moeten worden betaald om deze stoffen af te zetten. Vraag is trouwens ook waarom de nv DEC deze bijzondere verwerkingsmethode ook niet voorstelt voor de posten 3.1 en 3.2. Ten slotte zijn de door de nv DEC gehanteerde prijzen voor verbranding (50,00 euro/ton) en fysico-chemische reiniging (37,00 euro/ton) niet realistisch omdat deze prijzen niet gelden voor de kleine tonnages, 500 ton in plaats van 10.000 ton en 1.000 ton in plaats van 20.000 ton, die de nv DEC voorziet.

Verzoekende partij concludeert dat de nv DEC abnormale prijzen heeft opgegeven.

7. In haar laatste memorie merkt verzoekende partij op dat de beoordeling van het eerste middel, in tegenstelling tot de conclusie in het auditorsverslag, geen deskundigenonderzoek vereist. De door haar aangebrachte feiten en argumenten zijn op zichzelf reeds voldoende duidelijk om te worden beoordeeld zonder dat daartoe een specifieke

technische kennis noodzakelijk is. Verzoekende partij wijst op wat zij noemt concrete stukken die haar argumentatie objectief onderbouwen, zoals het rapport van VITO, de code van OVAM en een marktconsultatie van de prijzen voor bioremediatie en de afzet van bodem en bouwstof.

8. In haar laatste memorie merkt verwerende partij op dat er geen behoefte is aan een deskundig onderzoek daar dit alleen kan worden toegestaan 'wanneer de verzoekende partij het nodige heeft gedaan om de door haar ontwikkelde middelen volledig en begrijpbaar voor te stellen' en dit 'met een minimum aan deskundige gegevens of rapporten'.

Beoordeling

9. De kritieken en de discussie tussen de partijen gesteund op de door hen bijgebrachte stukken hebben een dermate technische inslag dat de Raad van State zich niet bij machte ziet om er zich zonder deskundige bijstand over uit te spreken.

Vooraleer een deskundige aan te stellen wordt om proces-economische redenen onderzocht of het tweede middel mogelijk tot vernietiging van de bestreden beslissing kan leiden.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

10. In haar memorie van wederantwoord voert verzoekende partij een nieuw middel aan genomen uit de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van de materiële motiveringsplicht.

In een eerste onderdeel voert verzoekende partij aan dat de prijzen voor de posten 3.3 en 3.4 van de nv DEC onzorgvuldig werden beoordeeld. Verwerende partij heeft de verantwoording van de nv DEC zomaar aanvaard wanneer daarin wordt gesteld dat 95 % van de verontreinigde grond voor hergebruik geschikt was en er dus slechts 5 % verbrand of gereinigd diende te worden. Ook stelde verwerende partij geen vragen bij de technieken van de bioremediatie en de zeping hoewel het bestek deze technieken niet voorzag en de offerte en de verantwoording van de nv DEC geen bijkomende toelichting bij deze technieken gaf. Ook heeft verwerende partij de prijs voor bioremediatie zomaar aanvaard niettegenstaande de minimale marktprijs er sterk van afwijkt en de nv DEC geen stukken in dit verband bijbracht. Ook is het verwonderlijk dat verwerende partij zomaar aanvaardde dat de afzet van de bodem en de bouwstof geld zou opbrengen voor de nv DEC. Ook de stavingsstukken van de nv DEC heeft verwerende partij onzorgvuldig onderzocht. Zo aanvaardde verwerende partij een stuk met betrekking tot

scheepstransport van de onderneming Shipit voor scheepsvrachten van 1.000 ton, voor in totaal 30.000 ton, waar een prijs van 11,15 euro/ton werd gegeven terwijl er slechts 500 ton moet worden verscheept. Ook de door de ondernemingen GRC (fysico-chemische reiniging) en ATM (verbranding) opgegeven prijzen heeft verwerende partij zonder meer aanvaard terwijl deze prijzen werden gegeven voor 20.000 ton respectievelijk 10.000 ton en het in werkelijkheid slechts om 1.000 ton en 500 ton kan gaan.

In een tweede onderdeel merkt verzoekende partij op dat de beoordeling van het regelmatig karakter van de prijzen voor de posten 3.3 en 3.4 in de offerte van de nv DEC niet afdoende is gemotiveerd. De motivering in het gunningsverslag kan niet als afdoende worden beschouwd. In de eerste plaats stelt deze motivering dat deze schijnbaar afwijkende eenheidsprijzen enkel te wijten zijn aan een efficiëntere en beter afgewogen afvoer naar de eindverwerkingscentra terwijl uit de prijsverantwoording blijkt dat de rechtvaardiging verband houdt met de eerste verwerkingsfase van de nv DEC. Voorts heeft deze motivering het over het feit dat de nv DEC een analyse zou hebben toegevoegd aan haar verantwoording terwijl dit niet zo is; de nv DEC heeft zich gebaseerd op de beschikbare grondgegevens. Voorts kan niet worden aangenomen dat de nv DEC bij haar verantwoording overtuigingsstukken heeft gevoegd; de toegevoegde stukken bewijzen niets ten aanzien van de verantwoording. Verwerende partij heeft dus nagelaten de motieven aan te halen die ten aanzien van de offerte van de nv DEC in feite juist en in rechte aanvaardbaar zijn.

11. In haar laatste memorie weerspreekt verzoekende partij de opvatting in het auditoraatsverslag dat het middel niet ontvankelijk is omdat verzoekende partij het had kunnen aanvoeren in haar verzoekschrift nu zij bij de indiening van haar beroep op de hoogte was van het aanvaarden van de verantwoording door verwerende partij en van bijkomende inlichtingen met de brief van 8 maart 2007 van verwerende partij en het verder had kunnen uitwerken in haar memorie van wederantwoord na inzage van het administratief dossier.

Zij betoogt dat, wat de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht betreft, zij deze grief pas kon aanvoeren na kennisname van stuk zes van het administratief dossier namelijk de 'bijkomende toelichting door de nv DEC betreffende de posten 1.6, 3.3, 3.4 en 3.5 van haar offerte aan de verwerende partij dd. 6 oktober 2006'.

De brief van 8 maart 2007 van verwerende partij aan verzoekende partij bevat voorts te weinig gegevens om reeds ten tijde van de indiening van het verzoekschrift aanleiding te kunnen geven tot de ontwikkeling van een argumentatie inzake de schending van het

zorgvuldigheidsbeginsel en van de materiële motiveringsplicht. In deze brief worden immers slechts de volgende gegevens medegedeeld:

‘Volgende informatie kunnen wij u geven, op basis van de door ons gevraagde en bekomen toelichting van de nv DEC. De referentie van deze toelichting werd vermeld in het u toegezonden gunningsverslag:

- Op uw eerste vraag kan de OVAM u mededelen dat de nv DEC voor posten 3.3 en 3.4 een gepaste eindverwerking of reiniging heeft voorzien;
- Op uw tweede vraag kan de OVAM u mededelen dat een onderzoek is gebeurd naar het normale karakter van de verwerkingsprijzen voor post 3.3 en 3.4 en dat deze als normaal werden aanzien; post 3.4 ligt zelfs iets hoger dan de prijs die u vooropstelt als normaal.
- De duidelijke offertes van de eindverwerkingscentra zijn toegevoegd in de toelichting door de nv DEC.’.

Wat de schending van de formele motiveringsplicht betreft stelt verzoekende partij dat wel met de auditeur kan worden vastgesteld dat deze inbreuk eventueel reeds had kunnen worden aangevoerd in het verzoekschrift en dat zij zich wat dit punt betreft gedraagt ‘naar de wijsheid’ van de Raad van State.

Beoordeling

12. Wat de schending van de formele-motiveringsplicht betreft geeft verzoekende partij toe dat zij deze schending reeds in haar inleidend verzoekschrift had kunnen aanvoeren.

De Raad van State valt deze opvatting bij. Voor zover het middel deze schending aanvoert is het onontvankelijk.

13. Voor zover verzoekende partij de schending van de zorgvuldigheidsplicht aanvoert en zij steunt op een onzorgvuldige beoordeling van de abnormale prijzen en de verantwoording van de nv DEC en de bij deze gevoegde overtuigingsstukken en de schending van de materiële-motiveringsplicht, is het middel ontvankelijk als nieuw middel; verzoekende partij kreeg pas kennis van deze verantwoording en stukken door neerlegging ervan in het administratief dossier. Noch op basis van de bestreden beslissing, noch van het gunningsverslag of de brief van 8 maart 2007, kon verzoekende partij deze kritiek eerder formuleren.

Weliswaar sluit deze kritiek inhoudelijk aan bij het eerste middel zodat de beoordeling ervan thans samenvalt met die van het eerste middel.

V. Besluit

14. Een deskundige dient te worden aangesteld om de Raad van State te adviseren omtrent de technische grieven en de discussie tussen de partijen.

Beslissing

1. De debatten worden heropend.

2. Dr. ir. Johan Gemoets, met kantoor te 2970 Schilde, Terputtenlaan 27, wordt aangesteld als deskundige, met als opdracht

- na kennis te hebben genomen van het dossier, zijn beredeneerd standpunt te geven betreffende de technische en financiële haalbaarheid van de voorgestelde werkmethode bij de posten 3.3 en 3.4 van de meetstaat van de offerte van de nv DEC met de prijsverantwoording en bijlagen zoals overgemaakt door de nv DEC;
- de partijen hieromtrent te horen en op hun dienstige vragen te antwoorden;
- van een en ander een beëdigd en met redenen omkleed verslag te doen waarin de opmerkingen van de partijen op het hun in prelectuur medegedeeld verslag worden besproken, welk verslag moet worden neergelegd binnen zes maanden na aanvaarding van zijn opdracht.

3. Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt met een aanvullend onderzoek van de zaak na kennisname van het deskundig verslag gelast.”

IV. Beoordeling van de middelen

4.1. In het hierboven aangehaalde tussenarrest nr. 218.356 van 8 maart 2012 is reeds vastgesteld dat de beide middelen samenvallen en ze een kritiek bevatten op het onderzoek van de prijsverantwoording van de nv DEC door de aanbestedende overheid. Volgens de verzoekende partij had de aanbestedende overheid de prijsverantwoording voor de posten 3.3 en 3.4 niet mogen aanvaarden.

4.2. In dat tussenarrest werd zoals gezien een deskundige aangesteld met de opdracht om “na kennis te hebben genomen van het dossier, zijn beredeneerd standpunt te geven betreffende de technische en financiële haalbaarheid van de voorgestelde werkmethode bij de posten 3.3 en 3.4 van de

meetstaat van de offerte van de nv DEC met de prijsverantwoording en bijlagen zoals overgemaakt door de nv DEC”.

4.3. In een uitvoerig gemotiveerd eindverslag, opgesteld na de partijen te hebben gehoord en hun opmerkingen te hebben besproken, komt de deskundige tot het volgende globaal besluit:

- betreffende de technische haalbaarheid van de voorgestelde werkmethode bij de posten 3.3 en 3.4 van de meetstaat van de offerte van de nv DEC, is de door de nv DEC voorgestelde werkwijze technisch onrealistisch;
- betreffende de financiële haalbaarheid van de voorgestelde werkmethode bij de posten 3.3 en 3.4 van de meetstaat van de offerte van de nv DEC, is de door de nv DEC voorgestelde werkwijze financieel onrealistisch.

4.4. Gelet op deze vaststellingen van de deskundige, die de Raad van State uitdrukkelijk en volledig bijvalt, dient te worden aangenomen dat de feitelijke grondslag van het eerste en het eerste onderdeel van het tweede middel nu vaststaand is: de door de nv DEC voorgestelde werkmethode voor de posten 3.3 en 3.4 van de meetstaat, zoals nader toegelicht in haar prijsverantwoording, is zowel op technisch vlak als op financieel vlak niet realistisch.

Een normaal zorgvuldige aanbestedende overheid mag worden verondersteld een werkmethode die zowel technisch als financieel niet realistisch is, te moeten kunnen identificeren bij het onderzoek van een offerte, zeker wanneer zij voor de betrokken posten een prijsverantwoording – en dus nadere toelichting van de inschrijver – heeft gevraagd. Dit geldt des te meer voor een overheid die, zoals OVAM, geacht mag worden gespecialiseerd te zijn in de betrokken materie van bodemsaneringswerken.

Door te dezen niet te besluiten tot het technisch en financieel niet realistische karakter van de werkmethode die door de nv DEC werd voorgesteld voor de betrokken posten en integendeel de door deze inschrijver voor deze posten ingediende prijsverantwoording zonder meer te aanvaarden en diens offerte bijgevolg als de laagste regelmatige in aanmerking te nemen, heeft

de verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing de in de middelen ingeroepen regelgeving niet op zorgvuldige wijze toegepast.

4.5.1. Het enige verweer in de memorie van antwoord naast het technisch-inhoudelijke verweer inzake de voorgestelde werkmethode en prijs, betreft de opmerking dat de verzoekende partij zelf naast haar basisofferte ook een variante offerte heeft ingediend aan 4.317.299,28 euro, btw inbegrepen, bedrag dat ook ver onder het bedrag van de raming ligt.

Er blijkt niet dat dit gegeven afbreuk zou doen aan de voorgaande vaststellingen; het verweer leidt alleszins niet tot het besluit dat de verwerende partij de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver wél had mogen aanvaarden.

4.5.2. In haar laatste memorie doet de verwerende partij enkel nog gelden dat “het beroep dient te worden verworpen”.

4.6. Het eerste middel en het eerste onderdeel van het tweede middel dienen in de besproken mate gegrond te worden verklaard.

V. Besluit

5. Het eerste en het eerste onderdeel van het tweede middel zijn gegrond gebleken. Dienvolgens dient de bestreden beslissing te worden nietig verklaard.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 31 januari 2007 van OVAM waarbij de opdracht voor aanneming van werken Brugge-carcoke-ABSW: afgraven van vervuilde bodem in vakken CD (bestek SI060609) aan de nv DEC wordt gegund voor het bedrag van 3.130.506,78 euro, btw niet inbegrepen.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 175 euro en de kosten van het deskundig onderzoek begroot op een bedrag van 4223 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van acht juni tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest