

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIV^e KAMER

A R R E S T

**nr. 261.252 van 31 oktober 2024
in de zaak A. 243.156/XIV-39.657**

In zake: de BV W.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David Lust en Kathleen Coen
kantoor houdend te 8755 Ruiselede
Knokstraat 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

1. de CV FLUVIUS SYSTEM OPERATOR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Gitte Laenen en Robin Depoorter
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. de OV FLUVIUS WEST
3. de OV FLUVIUS LIMBURG

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 oktober 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :
“- De beslissing waarvan kennis werd gegeven bij schrijven van 19 september 2024 waarbij de offerte van de verzoekende partij wegens onregelmatigheid werd verworpen en de opdracht niet aan verzoekende partij werd gegund [...] en het meegedeelde gunningsverslag ‘dossier : R/002846 Harelbeke – J. Sabbestraat, Zandbergestraat, Herderstraat ea’ [...];
- De beslissing tot gunning van dezelfde opdracht aan [een derde]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De eerste verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 oktober 2024 om 10:00 uur.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat David Lust, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Robin Depoorter, die verschijnt voor de eerste verwerende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Anke Meskens 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 cv Fluvius System Operator schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp “Riolerings- en wegeniswerken Zandbergstraat, Harlemboislaan en zijstraten”.

Er wordt gekozen voor de plaatsing van de opdracht met een openbare procedure, met de prijs als enige gunningscriterium.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.2. Het bijzonder bestek met referte “Riolerings- en wegeniswerken Zandbergstraat, Harlemboislaan en zijstraten- projectnummer R/002846” is van toepassing.

Luidens het bestek behelst de opdracht vooral “opbraak van bestaande wegenis, de aanleg van een riolering, wegherstellingswerken, de aanleg van nieuwe wegenis, omgevingsaanleg, het bouwen van een pompstation, de aanleg van damwanden, groenaanleg, ...”.

Het betreft een opdracht met gemengde prijsvaststelling, deels tegen globale prijs en deels tegen prijslijst.

Voorts wordt in het bestek inzake de elementen die in de prijzen begrepen zijn onder meer bepaald:

“Onverminderd hetgeen bepaald is in het Standaardbestek 250 dienen de hierna volgende elementen in de eenheidsprijzen en globale prijzen van de opdracht te zijn begrepen:

[...]

- Tenzij anders vermeld in het bijzonder bestek omvat elke post van de meetstaat naast de beschreven handeling eveneens de aanvoer, het verwerken en het desgevallend afvoeren van de materialen of gronden noodzakelijk voor een correcte uitvoering volgens de regels van de kunst.
- Het spreekt vanzelf dat de aanduidingen en de documenten niet beperkend zijn en elkaar aanvullen.
- Alleen al door het indienen van zijn inschrijving, wordt de opdrachtnemer verondersteld volledig op de hoogte te zijn van de toestand van de bouwplaats en van alle in onderhevig bestek vermelde documenten, en alleen al door zijn deelneming aan de aanbesteding verklaart hij zich zonder voorbehoud te onderwerpen aan de voorschriften van dat bestek.
- De opdrachtnemer moet de werken, die niet in onderhevig bijzonder bestek vermeld zijn, in elk geval volgens de regels van de kunst uitvoeren.

[...]

7° Bodemsaneringdecreet en haar uitvoeringsbesluiten (Vlarebo hoofdstuk XIII)

Uitgegraven bodem

Alle grondoverschotten geschikt om vrij te gebruiken als bodem of niet vormgegeven bouwkundig bodemgebruik buiten de kadastrale werkzone moeten buiten de kadastrale werkzone verwijderd worden, naar plaatsen door hem zelf te zoeken, en verwerkt (inclusief eventuele fysische scheiding, afvoer en storten van stenen en andere bodemvreemde materialen). Hierbij dient hij de geldende wetgeving te respecteren.

De in de uitgegraven bodem voorkomende bodemvreemde materialen (plastiek, rubber, ...), andere dan stenen, worden verplichtend gestort op een door het Vlaamse Gewest vergunde stortplaats.

Fysische scheiding van bodem:

Aanvullend aan de bepalingen in de algemene aanvullingen gemeentelijke rioleringswerken:

De opdrachtnemer staat in voor de selectieve uitgraving, stapeling en verwerking van gronden. Indien op de gronden fysische scheiding wordt toegepast voor verwerking binnen de werf of afvoer buiten de werf dient dit inbegrepen te zijn in de posten van het grondverzet, het herbruik of de afvoer.

Indien er meerkosten (proefkosten, verwerkingskosten,...) zijn ten gevolge het niet correct selectief behandelen van de gronden zijn deze een aannemingslast.

De fysische scheiding van stenen en andere bodemvreemde materialen is een last van de aanneming.

[...]

Uitgraving:

De milieuhygiënische kwaliteit van de bodem staat beschreven in het Technisch Verslag, zoals toegevoegd bij dit bestek en er deel van uitmaakt. Dit Technisch Verslag werd opgesteld door een erkende bodemsaneringsdeskundige en conform verklaard door de VZW Grondbank of de VZW Grondwijzer) als erkende bodembeheerorganisatie (conformverklaring gevoegd bij het technisch verslag). Als de opdrachtnemer op een andere bodembeheerorganisatie een beroep wenst te doen zijn de eventuele bijkomende kosten (kosten voor het (opnieuw) goedkeuren van het technisch verslag, het aanpassen of opnieuw opstellen van het technisch verslag, ...) ten laste van de opdrachtnemer.

Indien de gronden meer dan 25% stenen bevat, is dit een ‘gemengde afvalstroom’. Deze moeten steeds worden afgezeefd, ongeacht het soort gebruik. Het fysisch scheiden van deze gronden en de verwerkings- en stortkosten van het gezeefd materiaal zijn ten laste van de opdrachtnemer.

Ook de gronden die minder dan 25% stenen bevat en waarvan de opdrachtnemer beslist om een fysische scheiding toe te passen, zijn ten laste van de opdrachtnemer.

[...]”.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 21 december 2023.

Vier inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, dienen een offerte in, aan de volgende inschrijvingsbedragen (btw niet inbegrepen):

- verzoekende partij	6.975.039,30 euro
- nv P.	9.515.443,23 euro
- nv S.	8.861.313,28 euro
- tijdelijke maatschap (tm) N.-V.	9.202.993,98 euro

3.4. Op 15 januari 2024 wordt een verslag van nazicht opgesteld door het door de verwerende partij aangestelde ingenieurs- en adviesbureau.

Daarin wordt melding gemaakt van de raming van de opdracht door het ingenieurs- en adviesbureau van 6.810.258,13 euro (btw inbegrepen) van 10 augustus 2023.

De rangschikking van de inschrijvers na verbetering van fouten en het rekenkundig nazicht is als volgt:

	btw niet inbegrepen	btw inbegrepen
verzoekende partij	6.838.922,60 euro	7.347.407,36 euro
nv S.	8.274.909,52 euro	8.903.663,28 euro
tm N.-V.	8.632.018,73 euro	9.296.002,71 euro
nv P.	8.752.862,40 euro	9.516.411,23 euro

3.5. Vervolgens wordt de offerte van de verzoekende partij als laagste inschrijver aan een prijsonderzoek onderworpen.

Wat de totaalprijs betreft, wordt vastgesteld dat de offerte met toepassing van artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 18 april 2017) onderworpen dient te worden aan een verplicht prijsonderzoek nu “het verschil tussen de laagste inschrijvingsprijs en het gemiddelde volgens art. 36 [...] groter [is] dan 15 %.”

Daarbij wordt in het verslag van nazicht tevens het volgende opgemerkt:

“We stellen bij het nazicht vast dat de huidige inschrijvingsprijzen hoger zijn dan de raming.

De afwijking t.o.v. de gemiddelde inschrijvingsprijs berekend volgens art.36 is 25,06%, waarbij die 28,42% is voor de rioleringswerken en 21,07% is voor de wegeniswerken.

De raming dateert van 18/04/2023, waarbij die ingediend werd ter voorlegging aan de gemeenteraad en gebaseerd is op aanbestedingen ten belope van 2022. Algemeen merkten we in het voorjaar 2022 na de coronaperiode reeds een opmerkelijke algemene prijsstijging op in de aanbestedingen. Aanvullend werd ook nog een grote herziening (+/- 11%)

vastgesteld tussen begin 2022 en eind 2022, die in de eenheidsprijzen van de raming van huidige aanbesteding werd toegevoegd.

Via onderstaande tabel willen we ter illustratie eenheidsprijzen opgeven van enkele belangrijke posten, die over de meetstaat veelal terugkomen.

De eenheidsprijzen zijn van volgende 3 gelijkaardige projecten van klasse 8, die in 2022 aanbesteed werden:

[...]

Hieruit kunnen we vaststellen dat na de opmerkelijke prijsstijging in de periode van eind 2021-begin 2022, blijvend opmerkelijke prijsstijgingen in de meest recente aanbestedingen worden opgemerkt. Dit wordt niet enkel vastgesteld in deze aanbesteding, maar ook in andere aanbestedingen, die eind 2023 zijn doorgegaan.”.

Vervolgens worden in het verslag van nazicht wat de offerte van de verzoekende partij betreft voor twee posten vermoedelijk abnormaal hoge eenheidsprijzen vastgesteld. Ook worden voor dertien posten vermoedelijk abnormaal lage eenheidsprijzen vastgesteld omdat de door de verzoekende partij opgegeven eenheidsprijs veel lager is dan de gemiddelde prijs. Elf van deze laatste posten blijken betrekking te hebben op de afvoer en het verwerken van grondoverschotten:

“Mogelijk abnormaal lage eenheidsprijzen

- Post 379 Globale prijs voor afvoer en verwerken van grondoverschotten – bodem vrij gebruik.
- Post 381 Globale prijs voor afvoer en verwerken van grondoverschotten – bodem ondiep grondwerk.
- Post 462 Globale prijs voor afvoer en verwerken van grondoverschotten – bodem vrij gebruik.
- Post 464 Globale prijs voor afvoer en verwerken van grondoverschotten – bodem ondiep grondwerk.
- Post 512 Globale prijs voor afvoer en verwerken van grondoverschotten – bouwkundig bodemgebruik.
- Post 832 Globale prijs voor afvoer en verwerken van grondoverschotten – bodem ondiep grondwerk.
- Post 864 Globale prijs voor afvoer en verwerken van grondoverschotten – bodem vrij gebruik.
- Post 573 Globale prijs voor afvoer en verwerken van grondoverschotten – bodem ondiep grondwerk.
- Post 167 Globale prijs voor afvoer en verwerken van grondoverschotten wegenis – ondiep grondwerk wegenis.
- Post 611 Globale prijs voor afvoer en verwerken van grondoverschotten wegenis – ondiep grondwerk wegenis.
- Post 952 Globale prijs voor afvoer en verwerken van grondoverschotten wegenis – ondiep grondwerk wegenis.

In het verslag van nazicht wordt aldus voorgesteld om niet alleen voor de totaalprijs, maar ook voor de eenheidsprijzen van vijftien posten een prijsverantwoording te vragen aan de verzoekende partij.

3.6. Met een aangetekend schrijven van 23 januari 2024 wordt de verzoekende partij door de verwerende partij uitgenodigd om binnen een termijn van twaalf kalenderdagen een prijsverantwoording te verschaffen voor de eenheidsprijzen van de voormelde vijftien posten, alsook voor de totale inschrijvingsprijs.

3.7. De verzoekende partij dient een prijsverantwoording in met een aangetekend schrijven van 2 februari 2024. Als bijlage bij dit schrijven voegt zij een tabel van grondverzet (bijlage 1), een prijslijst van de posten grondverzet (bijlage 2), een uittreksel uit de verzekeringspolis (bijlage 3), een offerte van onderaannemer O. (bijlage 4), en een prijsverantwoording van onderaannemer O. (bijlage 5).

3.8. Met een e-mailbericht van 8 maart 2024 wordt de verzoekende partij door de aanbestedende overheid uitgenodigd om uiterlijk op 13 maart 2024 een aantal elementen uit de prijsverantwoording te verduidelijken, als volgt:

“We hebben uw prijsverantwoording betreffende bovenvermeld project goed ontvangen.

Bij nazicht blijken er toch nog een aantal zaken onduidelijk te zijn, o.a.:

-Waarom werd er geen zeefwerk en grondverbetering ingerekend in de posten grondverzet?

Nu wordt ervan uitgegaan dat de gronden zonder enige bewerking (zeven of verbetering) kunnen hergebruikt worden wat een zeer optimistische benadering is.

-Indien er tijdens uitvoering toch zeefwerk en/of grondverbetering moet uitgevoerd worden, is er voldoende financiële marge op de totale inschrijvingsprijs om dit te compenseren en aldus deze kosten te dragen?”

3.9. Op 19 maart 2024 richt de verzoekende partij een e-mailbericht aan de aanbestedende overheid en verzoekt zij om een uitstel tot 26 maart 2024.

3.10. Met een aangetekend schrijven van 25 maart 2024 bezorgt de verzoekende partij de gevraagde verduidelijkingen aan de aanbestedende overheid. Het antwoord op de tweede vraag luidt als volgt:

“2. Is er voldoende marge om kosten zeven of grondverbetering te kunnen dragen?

Het is ondenkbaar dat de integrale hoeveelheid grond niet herbruikbaar zou zijn en zou moeten verbeterd/vervangen worden. Het is evenmin realistisch, gelet op de boringen, te moeten aannemen dat de integrale hoeveelheid zou moeten gezeefd worden...

Wij verwijzen tevens naar bovenstaande vraag waarbij reeds aangetoond werd dat het eventueel vervangen van niet-herbruikbare grond in principe zonder significante meerprijs kan uitgevoerd worden.

Het zeven is absoluut minimaal en verwaarloosbaar waardoor dit o.i. geen impact heeft op de prijs.

Wij menen echter dat er voldoende ruimte is binnen onze prijs om – in voorkomend geval – alsnog een deel te moeten zeven of te verbeteren. Wij verwijzen dienaangaande naar onze prijsverantwoording waar dit reeds kort geduid werd:

- Er werd bij afvoer uitbraak, grond etc géén rekening gehouden met retourvrachten. Dit economisch voordeel werd niet uitgediept en benut in onze aanbieding.

- De grond bedacht met code 011 werd integraal gerekend als ‘bouwstof’ terwijl een herkwalificatie tot 211 – met inherent prijsverschil - tot de mogelijkheden behoort.

Gelet op bovenstaande werd het voorzichtigheidsprincipe o.i. voldoende gerespecteerd.”

3.11. Vervolgens wordt de prijsverantwoording door het ingenieurs- en adviesbureau onderzocht in een eerste addendum bij het verslag van nazicht.

Onder punt ‘2.1. Totaalprijs’ van het eerste addendum bij het verslag van nazicht wordt de verantwoording van de totaalprijs van de verzoekende partij geanalyseerd, als volgt:

“Bespreking van de overgemaakte verantwoording:

Voor de inschrijver geniet dit project grote prioriteit, waardoor hij een doorgedreven calculatie heeft opgemaakt.

Ook wordt gemeld dat [de verzoekende partij] een jarenlange ervaring heeft en gespecialiseerd zou zijn in de aard van deze werken. Door de diversiteit van het bedrijf kunnen ze de grond-, riolerings- en wegeniswerken in hoofdzaak zelf uitvoeren.

Tevens wordt in de verantwoording specifieke elementen vermeld:

- Locatie bedrijf en DOP gecentraliseerd binnen 13 à 16 km van de werf.
- De inschrijver heeft een eigen DOP, waar hij aan zeer scherpe storttarieven zijn afvoer kan uitvoeren.

Besluit:

De vraagstelling is of de verantwoording, die [de verzoekende partij] aanhaalt, op grond van objectieve en concrete elementen voldoende is om hem te onderscheiden van de andere inschrijvers:

Voor wat betreft de elementen 'jarenlange ervaring in de aard van de werken' en 'locatie bedrijf en DOP' geldt dit niet, gezien enerzijds alle inschrijvers jarenlange ervaring hebben in die werken en de 2e inschrijver [nv S.] en 4e inschrijver [nv P.] zich op kleinere afstand t.o.v. de werf bevinden.

Voor wat betreft de 'doorgedreven calculatie' en 'de aanwezigheid van een eigen DOP' is het moeilijk inschatten of dit hem voldoende onderscheidt van de andere inschrijvers om een prijsverschil van 1.556.255,92 € en 1.752.255,92 € t.o.v. respectievelijk de 2e inschrijver en het gemiddelde te verantwoorden.

Naast prijsverantwoording van de totaalprijs werd ook prijsverantwoording gevraagd van individuele posten (zie onderstaand hoofdstuk) Er werd hierin prijsverantwoording gevraagd voor de post 'afvoer en verwerking van grondoverschotten', die verspreid is over verschillende posten. (167, 379, 381, 462, 464, 512, 573, 611, 832, 864 & 952). De totale absolute afwijking t.o.v. het gemiddelde van de 2e en 3e inschrijver is 697.157 € .

Dezelfde som van absolute afwijkingen kan ook doorgetrokken worden voor de andere posten m.b.t. afvoer en verwerking van gronden (76, 77, 87, 88, 117, 334, 380, 463, 510, 511, 512, 514, 541, 542, 543, 544, 830, 831, 865, 895, 896, 919 & 920), waarvan de absolute afwijking per post niet groot genoeg is om prijsverantwoording op te vragen. Die som is 162.454 €.

De totale som is 859.610,40 €. Dit kan een afwijking vormen als gevolg van een doorgedreven calculatie en hantering van scherpe storttarieven, die in onderstaand hoofdstuk wordt beschreven.

Gezien de prijsverantwoording van die posten niet aanvaard wordt, kan er op basis van objectieve en concrete elementen onvoldoende gemotiveerd worden dat het prijsverschil t.o.v. het gemiddelde verantwoordbaar is.

De prijsverantwoording van de totaalprijs kan niet aanvaard worden."

Vervolgens wordt in het eerste addendum bij het verslag van nazicht de door de verzoekende partij verstrekte prijsverantwoording voor de twee vermoedelijk abnormaal hoge eenheidsprijzen en de vermoedelijk abnormaal lage eenheidsprijzen voor de posten 553 en 581 aanvaard.

De prijsverantwoording voor de overige elf posten die betrekking hebben op de afvoer en verwerking van grondoverschotten (posten 167, 379, 381, 462, 464, 512, 573, 611, 832, 864 en 952), wordt in het eerste addendum als volgt beoordeeld:

“2.3 [...] De inschrijver gaat uit van maximale herbruik, gezien de gronden overwegend zand tot zanderig zijn, wat volgens 2-15 is toegelaten zolang die geschikt zijn. Hij heeft hiervoor een eigen grondbalans gemaakt, die als bijlage bij zijn prijsverantwoording is gevoegd, met zijn berekening van de grondwerken en aanvullingen. Hierbij berekent men de effectieve grondoverschotten en de tegenoverstaande totale kost, die men dan over de verschillende posten in verhouding verdeelt.

De inschrijver meldt dat bij de rioleringsbezetting een graafmachine wordt voorzien om de rioleringsaanleg terug aan te vullen, die voorzien is van GPS. Aangezien het aanvullen van de sleuf minder tijd vergt dan het grondwerk en plaatsen van de buizen, koffert deze machine in dezelfde beweging ook het baanbed. Zodoende wordt de vrijgekomen grond uit ondiep grondwerk veelal gelijktijdig met aanleg riolering verwerkt en/of afgevoerd. Deze machine is ingerekend bij de riolering en wordt bijgevolg niet meer in rekening gebracht bij ondiep grondwerk.

Na vergelijking van zijn grondbalans met de grondbalans van het studiebureau zijn die quasi gelijk en de opgegeven eenheidsprijs (€/m³) voor afvoer van bodem vrij gebruik en bouwkundig bodem gebruik wordt onderbouwd en is marktconform met gelijkaardige posten. De kost voor code 011 aanschouwt men als bouwkundig bodemgebruik, wat cfr. hoofdstuk 7-1.1.2.10.A is.

Wel gaat men uit van een optimistische benadering, waarin volgende bedenkingen kunnen gemaakt worden:

- Men gaat ervan uit dat alle gronden steeds geschikt zijn om rechtstreeks te hergebruiken zonder grondverbetering. Voor zand- en leemhoudende gronden klopt dit, al zijn de qc waarden ook niet overal even hoog en vormt het een zeker risico om aan te nemen dat dit overal 100% mogelijk is.
- Soms geven bepaalde lagen in de boringen de aanwezigheid van zwak baksteenhoudend/steenresten weer. Het zeven van gronden dient inbegrepen te zijn in de posten van het afvoer en verwerken. In zijn calculatie houdt men geen rekening met enige kost voor zeven van gronden. Op zich wordt er voor herbruik geen beperkingen opgelegd qua steenachtig materiaal, zolang het gehalte kleiner is dan 25%. Al kan een kans bestaan dat het gehalte groter is.
- Men gaat ervan uit dat alle gronden vanuit ‘ondiep grondwerk’ ook als bouwkundig bodemgebruik zal herbruikt worden zonder dat enig zeefwerk nodig is. Daarin zal hij toch een zeer goede selectieve uitgraving moeten doen om geen enkele vermenging van puin vanuit de opbraak van riolering/verharding/... met zijn bodem te hebben.
- In de post voor ‘afvoer en verwerking van grondoverschotten afkomstig van de wegenis’ is volgens het bijzonder bestek ook het grondwerk van het baanbed inbegrepen. Daarin verantwoordt men dat dit volledig tijdens de aanleg van de hoofdriolering zal gebeuren met de aanvulkraan. Dit lijkt ons

een optimistische benadering, in die zin dat het baanbed pas na uitvoering van alle rioleringsaanleg (incl. aansluitingen) op een degelijke manier kan gebeuren.

Hierbij werd op 08/03/2024 volgende verantwoording gevraagd:

-Waarom werd er geen zeefwerk en grondverbetering ingerekend in de posten grondverzet?

Nu wordt ervan uitgegaan dat de gronden zonder enige bewerking (zeven of verbetering) kunnen hergebruikt worden wat een zeer optimistische benadering is.

-Indien er tijdens uitvoering toch zeefwerk en/of grondverbetering moet uitgevoerd worden, is er voldoende financiële marge op de totale inschrijvingsprijs om dit te compenseren en aldus deze kosten te dragen?

De inschrijver geeft een motivering, waarom hij inschat dat geen grondverbetering en zeefwerk nodig is en men meent nog voldoende marge te hebben binnen de totale prijs. Weliswaar sluit men door het woordgebruik van volgende tekst van de laatste alinea van blz. 5 'Wij verwijzen tevens naar bovenstaande vraag waarbij reeds aangetoond werd dat het eventueel vervangen van niet-herbruikbare grond in principe zonder significante meerprijs kan uitgevoerd worden' niet volledig uit dat geen meerprijs zal gevraagd worden.

De verantwoording van deze posten kan niet worden aanvaard. Door de Inschrijver wordt een voorbehoud gemaakt voor het aanrekenen van een meerprijs voor het vervangen van niet-herbruikbare grond. De Inschrijver biedt (mogelijks) aldus geen offerte aan waarin alle gevraagde werken zijn inbegrepen."

Door het ingenieurs- en adviesbureau wordt besloten dat de prijsverantwoording van de totaalprijs en de eenheidsprijzen van de posten 167, 379, 381, 462, 464, 512, 573, 611, 832, 864 en 952 niet worden aanvaard.

3.12. Vervolgens wordt de offerte van de tweede laagste inschrijver onderzocht en wordt deze inschrijver een prijsverantwoording gevraagd voor de eenheidsprijzen voor de posten 167 en 581.

In een tweede addendum bij het verslag van nazicht, wordt de door deze inschrijver verstrekte prijsverantwoording voor de betrokken posten onderzocht en aanvaard.

3.13. Er wordt vervolgens een gunningsverslag opgesteld, waarin verwezen wordt naar het verslag van nazicht van het ingenieurs- en adviesbureau van 15 januari 2024 en de addenda van 29 april 2024 en 14 juni 2024.

Met betrekking tot de offerte van de verzoekende partij stelt het gunningsverslag:

“Op 23/01/2024 werd aan laagste inschrijver [verzoekende partij] gevraagd prijsverantwoording te verschaffen voor een aantal posten van zijn offerte alsook voor de totale inschrijvingsprijs. Dit werd binnen de gestelde termijn aangeleverd. Bij nazicht bleken er echter nog een aantal onduidelijkheden in het dossier te zitten waarop op 08/03/2024 een extra verduidelijking aan de inschrijver werd gevraagd. Dit werd op 27/03/2024 tijdig bezorgd. Na ontvangst van de verduidelijking werd geconcludeerd dat de totaalprijs en de eenheidsprijzen voor posten 167, 379, 381, 462, 464, 512, 573, 611, 832, 864 en 952 niet aanvaard kon worden. Inschrijver [verzoekende partij] zal verder geweerd en substantieel onregelmatig verklaard worden.”

Voorgesteld wordt om de offerte van de verzoekende partij te weren en de opdracht te gunnen aan de tweede laagste inschrijver.

3.14. Op 22 augustus 2024 beslist de eerste verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv S. voor een bedrag van 8.903.663,28 euro (btw inbegrepen).

Dit is de bestreden beslissing.

3.15. Met een aangetekend schrijven van 19 september 2024 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte substantieel onregelmatig is verklaard, waarbij wordt gesteld:

“Na een grondige studie van uw offerte, stellen wij vast dat na het opvragen van prijsverantwoording en verduidelijking er geconcludeerd wordt dat de totaalprijs en de eenheidsprijzen voor een 11-tal posten niet aanvaard kan worden.

Bijkomend wordt een voorbehoud gemaakt voor het aanrekenen van een meerprijs voor het vervangen van niet herbruikbare grond. De Inschrijver biedt aldus geen offerte aan waarin alle gevraagde werken zijn inbegrepen en bijgevolg beantwoordt aan de omschrijving van het substantieel verwerpingscriterium, dat in ons bestek wordt omschreven.”

IV. Aanduiding van de verwerende partij

4.1. Te dezen werden in het verzoekschrift en door het auditoraat de cv Fluvius System Operator, de opdrachthoudende vereniging (ov) Fluvius Limburg en de ov Fluvius West aangeduid als verwerende partijen.

4.2. In de nota met opmerkingen die wordt ingediend namens de cv Fluvius System Operator, wordt, wat de aanduiding van de verwerende partijen betreft, opgemerkt dat het de cv Fluvius System Operator is die in het kader van de gezamenlijke opdracht is aangeduid om als aanbestedende overheid op te treden en dat de verwerende partij uitsluitend de cv Fluvius System Operator betreft. Tevens wordt opgemerkt dat het bestek een materiële vergissing bevat daar waar gesteld wordt dat cv Fluvius System Operator zou optreden in opdracht en voor rekening van de ov Fluvius Limburg in de plaats van de ov Fluvius West, hetgeen blijkt uit de overige documenten van het administratief dossier.

4.3. Uit het bestek en de overige stukken van het administratief dossier blijkt dat de voorliggende opdracht een gezamenlijke opdracht betreft van de cv Fluvius System Operator, die optreedt in naam en voor rekening van Fluvius West, alsook van de stad Harelbeke, de nv Aquafin en de Provincie West-Vlaanderen, waarbij de cv Fluvius System Operator optreedt als aanbestedende overheid.

Uit het administratief dossier blijkt voorts dat de litigieuze plaatsingsprocedure uitsluitend werd gevoerd door de cv Fluvius System Operator als aanbestedende overheid, en dat de bestreden beslissingen uitsluitend door de cv Fluvius System Operator werden genomen. De ov Fluvius Limburg en de ov Fluvius West dienen bijgevolg buiten de zaak te worden gesteld.

Met de verwerende partij wordt hierna bedoeld de cv Fluvius System Operator.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om uitspraak te doen over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties 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. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

6. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 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’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

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 artikel 36, § 2, laatste lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheids-beginsel.

8. In wat als een eerste onderdeel van het middel kan worden beschouwd, voert de verzoekende partij kritiek op het motief in het eerste addendum bij het verslag van nazicht waarin gesteld wordt dat er door haar een

‘voorbehoud’ werd gemaakt voor het aanrekenen van een meerprijs voor het vervangen van niet herbruikbare grond.

Zij betoogt daarbij dat de verwerende partij de bewoordingen van de verzoekende partij volledig uit de context haalt en er een gewicht aan toedicht die deze woorden geenszins kunnen hebben. Aan de offerte van de verzoekende partij werd op geen enkel ogenblik enige voorwaarde verbonden die een schending van het bestek of van de overheidsopdrachtenreglementering zou opleveren. Evenmin kan in het antwoord van de verzoekende partij in het kader van het prijsonderzoek enig ‘voorbehoud’ worden gelezen, wel integendeel.

De verzoekende partij stelt dat er ‘hoogstens’ een tegenstrijdigheid kan worden gelezen in haar antwoord, waar zij enerzijds de bewoordingen ‘geen kosten’ gebruikt, en anderzijds de bewoordingen ‘geen significante kosten’, die alsdan het voorwerp had moeten uitmaken van een bijkomende vraag om toelichting.

De aangehaalde bewoordingen kunnen volgens de verzoekende partij ook niet los worden gezien van het antwoord op de tweede vraag over de marge indien er toch grondverbetering of zeefwerk nodig zou zijn. In ieder geval komt, aldus de verzoekende partij, uit geen enkele passage uit de prijsverantwoording de intentie naar voren om enige meerprijs aan te rekenen.

Minstens had de verwerende partij aan de verzoekende partij de kans moeten bieden om de door haar gebruikte bewoordingen toe te lichten, in het licht van de op de aanbesteder rustende zorgvuldigheidsplicht en artikel 36, § 2, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 op grond waarvan de aanbestedende overheid de inschrijver zo nodig opnieuw ondervraagt.

9. In wat als een tweede onderdeel van het middel kan worden beschouwd, voert de verzoekende partij aan dat de beslissing om haar prijsverantwoording niet te aanvaarden – zowel wat de totaalprijs als wat de eenheidsprijzen betreft – niet op correcte feiten en motieven steunt en tegenstrijdigheden vertoont.

Met betrekking tot de beslissing om de prijsverantwoording inzake de totaalprijs niet te aanvaarden, merkt de verzoekende partij vooreerst het volgende op:

“In het addendum bij het advies aanbestedingsverslag wordt geargumenteed dat ‘de doorgedreven calculatie’ en ‘aanwezigheid van eigen Dop’ slechts een verschil uit kunnen maken voor 859.610,40 euro, terwijl het totale onderscheid 1.556.255,92 euro bedraagt.

Echter wordt er alleen rekening gehouden enkel met de posten grondverzet om tot slechts 859.610,40 euro te komen, terwijl de doorgedreven calculatie uiteraard ook voor de totaliteit van de offerte speelt!

Enkel de posten van grondverzet geven al een verklaring van 55% van het verschil ($859.610,40 / 1.556.255,92$), wat uiteraard dient doorgetrokken te worden op de ganse offerte.”

Ook betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij de raming ten onrechte niet heeft betrokken bij de beoordeling van de prijsverantwoording voor de totaalprijs. Hoewel de verzoekende partij er in haar prijsverantwoording op heeft gewezen dat de raming met vrij recent geactualiseerde prijzen 7 % lager ligt dan haar inschrijvingsbedrag om welke reden haar totaalprijs niet als abnormaal laag kan worden beschouwd, bevatten de bestreden beslissing en het verslag van nazicht met addenda waarop zij steunt, hierop geen reactie. De verzoekende partij hekelt ook het gegeven dat in het addendum bij het verslag van nazicht nergens wordt verduidelijkt waarom het ingenieurs- en adviesbureau de raming niet langer correct of relevant achtte voor de beoordeling van de prijsverantwoording van de verzoekende partij. Volgens de verzoekende partij is er sprake van een tegenstrijdige motivering nu, enerzijds, voor de opdracht wordt uitgegaan van een raming van het ingenieurs- en adviesbureau en, anderzijds, ditzelfde bureau de offerteprijs van de verzoekende partij die hoger ligt dan de raming bestempelt als een abnormaal lage totaalprijs.

Voorts voert de verzoekende partij kritiek op een aantal in het eerste addendum bij het verslag van nazicht opgenomen motieven om de prijsverantwoording voor elf eenheidsprijzen niet te aanvaarden.

Daarbij doet de verzoekende partij in de eerste plaats gelden dat de beoordeling van de prijsverantwoording voor de betrokken eenheidsprijzen

tegenstrijdig is, vermits de prijsverantwoording voor deze eenheidsprijzen niet wordt aanvaard maar uit de opgenomen motieven wel blijkt dat zowel de grondbalans als de eenheidsprijzen correct worden bevonden.

Vervolgens uit de verzoekende partij kritiek bij de vier bedenkingen die in het verslag van nazicht worden gemaakt en op grond waarvan wordt geoordeeld dat zij uitgaat van een optimistische benadering.

Wat de eerste bedenking in het verslag van nazicht betreft, betoogt de verzoekende partij dat dit motief feitelijk onjuist is. Zo strookt de kritiek in het verslag van nazicht, dat zij er ten onrechte “van uitgaat dat alle gronden steeds geschikt zijn om te hergebruiken zonder grondverbetering”, niet met de opgegeven prijsverantwoording waaruit zou blijken dat slechts 60% van de gronden hergebruikt worden, waardoor men kan selecteren welke grond geschikt is om te hergebruiken en welke niet.

Ook de tweede bedenking inzake de kostprijs voor het zeven van de gronden verdient volgens de verzoekende partij geen bijval. De toevoeging “al kan een kans bestaan dat het gehalte groter is [dan 25 %]” is volgens de verzoekende partij niet gesteund op objectieve gegevens en spreekt de gegevens van het dossier, zoals opgenomen in de prijsverantwoording van de verzoekende partij, zelfs tegen.

Ook de bedenking in het verslag van nazicht dat er een zeer goede selectieve uitgraving nodig zal zijn om vermenging van puin met de bodem te vermijden, schiet volgens de verzoekende partij tekort. Ten onrechte gaat de verwerende partij er daarbij vanuit, minstens steunt zij zich niet op objectieve gegevens, dat de verzoekende partij, gelet op haar ruime kennis, ervaring en gespecialiseerde machinerie daar niet in zou kunnen slagen.

Ten slotte betwist de verzoekende partij het uitgangspunt van de verwerende partij dat het baanbed voorzien in de offerte van de verzoekende partij pas na de uitvoering van alle rioleringsaanleg, inclusief aansluitingen, zou kunnen gebeuren. In de prijsverantwoording werd toegelicht waarom de koffering wel degelijk op de juiste diepte wordt getrokken en de steenslag wordt geplaatst.

Beoordeling

Vooraf

10. De offerte van de verzoekende partij wordt als substantieel onregelmatig verworpen, zowel wegens abnormaal lage prijzen voor de posten 167, 379, 381, 462, 464, 512, 573, 611, 832, 864 en 952 als wegens een abnormaal lage totaalprijs. Bijkomend wordt volgens de verwerende partij een voorbehoud gemaakt voor het aanrekenen van een meerprijs voor het vervangen van niet herbruikbare grond, hetgeen eveneens aanleiding heeft gegeven tot het weren van de offerte van de verzoekende partij.

Het past om eerst het tweede onderdeel van het middel te beoordelen.

Tweede onderdeel

11. Artikel 36 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 bepaalt:

“§ 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 inschrijver draagt de bewijslast van de verzending van de verantwoording.

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 één 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.

[...]

§ 4. Als bij een opdracht voor werken [...] geplaatst bij openbare of niet-openbare procedure de economisch meest voordelige offerte enkel geëvalueerd wordt op basis van de prijs, en voor zover minstens vier offertes in aanmerking genomen werden overeenkomstig de derde en vierde leden, voert de aanbestedende overheid een prijzen- of kostenbevraging uit overeenkomstig de paragrafen 2 en 3, voor elke offerte waarvan het totale offertebedrag minstens vijftien procent onder het gemiddelde bedrag van de door de inschrijvers ingediende offertes ligt. [...]"

Overeenkomstig artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 dient de aanbestedende overheid een prijzenbevraging uit te voeren voor elke offerte waarvan het totale offertebedrag minstens vijftien procent onder het gemiddelde bedrag ligt van de door de inschrijvers ingediende offertes. Dat dit wettelijk vermoeden van abnormaliteit bestond wat de offerte van de verzoekende partij betreft, wordt niet betwist.

De aanbestedende overheid beschikt bij de toepassing van artikel 36, § 3, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 over een beoordelingsruimte om de gegeven prijsverantwoording al dan niet te aanvaarden. De Raad van State mag, bij de toetsing van een dergelijke beoordeling, zijn eigen

beoordeling niet in de plaats stellen van die van het bestuur. Het komt aan de Raad van State enkel toe om desgevraagd na te gaan of de administratieve overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan binnen de perken van de redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen. Hierbij moet zij op zorgvuldige wijze haar beslissing voorbereiden, hetgeen impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld.

Een vraag tot prijsverantwoording is een ernstige aangelegenheid en een om prijsverantwoording gevraagde inschrijver dient te weten dat hij het risico loopt dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard. Hij mag zich niet beperken tot vaagheden en algemeenheden, maar dient zijn vermoedelijk abnormaal lage totaalprijs en vermoedelijk abnormaal lage eenheidsprijzen specifiek, concreet onderbouwd en zo volledig mogelijk gestaafd te verantwoorden.

12. Wat de niet-aanvaarding van de prijsverantwoording voor de totaalprijs betreft, stelt de Raad van State vast dat de verzoekende partij zich er in haar verzoekschrift toe beperkt kritiek te uiten op twee geïsoleerde elementen uit de beoordeling.

Daarbij kan in het algemeen worden opgemerkt dat bij het onderzoek naar het afdoende karakter van de motieven rekening moet worden gehouden met het geheel van de in de bestreden beslissing uitgedrukte motieven en niet met een of meerdere door de verzoekende partij geciteerde en bekritiseerde onderdelen van de motivering op zich. Het volstaat immers dat de motivering in haar geheel afdoende is.

13. Voor zover de verzoekende partij doet gelden dat de “doorgedreven calculatie” die zij heeft opgemaakt ten onrechte niet werd betrokken op de overige posten van de offerte, maar enkel op de posten van “afvoer en verwerking van grondoverschotten” en “afvoer en verwerking van gronden”, kan zij op het eerste gezicht niet worden bijgevallen, en dat om de volgende redenen.

Zo lijkt de doorgedreven calculatie waar de verzoekende partij zich op beroept in het bijzonder betrekking te hebben op de posten inzake grondverzet.

In dit verband erkende het ingenieurs- en adviesbureau van de verwerende partij weliswaar dat de “doorgedreven calculatie” en “scherpe storttarieven” mogelijk een gedeelte van het prijsverschil konden verklaren, met name voor de posten “afvoer en verwerking van grondoverschotten” en “afvoer en verwerking van gronden” (859.610,40 euro verschil). Het bureau besloot evenwel dat “gezien de prijsverantwoording van [de posten inzake de afvoer en verwerking van grondoverschotten] niet aanvaard wordt, [...] er op basis van objectieve en concrete elementen onvoldoende gemotiveerd [kan] worden dat het prijsverschil t.o.v. het gemiddelde verantwoordbaar is”. Aan die laatste vaststelling lijkt de verzoekende partij met haar kritiek geheel voorbij te gaan.

14. In de mate dat de verzoekende partij betoogt dat de verwerende partij de raming ten onrechte niet heeft betrokken bij de beoordeling van de prijsverantwoording voor de totaalprijs, valt op te merken dat het voormelde artikel 36, § 4, slechts verwijst naar “elke offerte waarvan het totale offertebedrag minstens vijftien procent onder het gemiddelde bedrag van de door de inschrijvers ingediende offertes ligt”, zonder verwijzing naar de raming. Een verwijzing naar de raming op zichzelf kan de afwijking ten opzichte van het wettelijk gemiddelde bijgevolg niet verklaren. Overigens blijkt op het eerste gezicht dat het ingenieurs- en adviesbureau de raming wel degelijk ook bij het onderzoek van de totaalprijs heeft betrokken. Voorts wordt in het verslag van nazicht weliswaar toegelicht dat de raming dateert van 18 april 2023 en dat zowel een aantal opmerkelijke prijsstijgingen na de coronaperiode, als een grote herziening vastgesteld tussen begin 2022 en eind 2022, in de eenheidsprijzen van de raming van de voorliggende opdracht werden toegevoegd. Het ingenieurs- en adviesbureau stelt echter ook vast dat “blijvend opmerkelijke prijsstijgingen in de meest recente aanbestedingen worden opgemerkt” en dat “dit [...] niet enkel [wordt] vastgesteld in deze aanbesteding, maar ook in andere aanbestedingen, die eind 2023 zijn doorgegaan”. Anders dan de verzoekende partij het ziet in haar verzoekschrift en ter terechtzitting, blijkt het ingenieurs- en adviesbureau het accuraat karakter van de

raming aldus wel degelijk in vraag te hebben gesteld, zodat de kritiek van de verzoekende partij dat er op dit punt sprake zou zijn van een tegenstrijdige motivering, niet kan worden bijgevalen.

15. In zoverre de verzoekende partij met betrekking tot de totaalprijs voor het eerst ter terechtzitting kritiek uit op het motief inzake het niet onderscheidend karakter van het element “locatie bedrijf en DOP” toont zij niet aan dat zij deze grief niet reeds in haar verzoekschrift had kunnen aanvoeren. Deze grief is dan ook niet-ontvankelijk.

16. Wat alsdan de beoordeling van de prijsverantwoording van de eenheidsprijzen voor de posten 167, 379, 381, 462, 464, 512, 573, 611, 832, 864 en 952 betreft, brengt de verzoekende partij in het tweede onderdeel van het eerste middel verschillende kritieken naar voren die gericht zijn tegen de diverse motieven voor het verwerpen van deze prijsverantwoording.

17. De voormelde posten van de meetstaat betreffen posten inzake de afvoer en het verwerken van grondoverschotten waarvoor telkens een globale prijs dient te worden opgegeven. Eén van de elementen die volgens het bestek in de prijs moet zijn begrepen, is het afzeven van gronden die meer dan 25% stenen bevatten. Hetzelfde lijkt te gelden voor de grondverbetering. Dat beide elementen in de prijs moesten worden inbegrepen, wordt door de verzoekende partij ook niet betwist.

Uit het verslag van nazicht blijkt dat de verzoekende partij niettemin zeer lage eenheidsprijzen heeft opgegeven voor de betrokken posten en dit zowel in vergelijking met de raming als met de gemiddelde prijzen van de overige inschrijvers.

Hoewel de verzoekende partij te dezen voor de eenheidsprijzen voor de betrokken posten een gedetailleerde en becijferde prijsverantwoording heeft voorgelegd, erkent zij dat wat het grondverzet betreft zij een fundamenteel andere visie erop nahoudt dan de andere inschrijvers. Daarbij gaat zij uit van een maximaal hergebruik van de uitgegraven gronden, hetgeen volgens haar neerkomt

op een hergebruik van 60 %, waarbij in de globale prijs voor de betrokken posten geen kosten voor zeefwerk en grondverbetering worden ingerekend.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt voorts dat de verwerende partij de verzoekende partij tot tweemaal toe de kans heeft gegeven om het vermoeden van abnormaal lage eenheidsprijzen voor de betrokken posten te weerleggen. De mogelijkheid geboden aan de aanbestedende overheid door artikel 36, § 2, laatste lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017, om de inschrijvers opnieuw te bevragen, omvat in beginsel geen verplichting daartoe.

De door de verzoekende partij verstrekte prijsverantwoordingen en de daarin voorgelegde gegevens blijken voor de verwerende partij en het door haar aangestelde ingenieurs- en adviesbureau, echter niet te volstaan om de concrete eenheidsprijzen voor de afvoer en het verwerken van grondoverschotten bedoeld in de posten 167, 379, 381, 462, 464, 512, 573, 611, 832, 864 en 952 te verantwoorden. In het licht van de kritieken van de verzoekende partij die hierna worden besproken, gaat de verwerende partij met dat oordeel op het eerste gezicht haar beoordelingsbevoegdheid niet te buiten.

18. In zoverre de verzoekende partij in de eerste plaats doet gelden dat de beoordeling van de prijsverantwoording voor de betrokken eenheidsprijzen tegenstrijdig is, vermits de prijsverantwoording voor deze eenheidsprijzen niet wordt aanvaard terwijl uit de motivering in het eerste addendum bij het verslag van nazicht blijkt dat zowel de grondbalans als de eenheidsprijzen correct worden bevonden, kan zij op het eerste gezicht niet worden bijgevallen.

Hoewel in het eerste addendum bij het verslag van nazicht wordt gesteld dat “na vergelijking van zijn grondbalans met de grondbalans van het studiebureau [blijkt dat] die quasi gelijk [zijn] en de opgegeven eenheidsprijs (€/m³) voor afvoer van bodem vrij gebruik en bouwkundig bodem gebruik [...] onderbouwd [wordt] en [...] marktconform [is] met gelijkaardige posten”, wordt meteen daarna toegevoegd dat het echter gaat om een optimistische benadering waarbij een aantal bedenkingen worden geuit. Dat de in de prijsverantwoording vermelde eenheidsprijs voor afvoer van bodem vrij gebruik en bouwkundig bodemgebruik, op grond waarvan de verzoekende partij haar tarieven voor afvoer en/of verwerking van grond heeft bepaald, als ‘marktconform’ wordt beschouwd,

lijkt voorts niet in te houden dat eenzelfde conclusie noodzakelijkerwijze geldt voor de op te geven globale prijs voor de posten 167, 379, 381, 462, 464, 512, 573, 611, 832, 864 en 952.

19. In de mate dat de verzoekende partij voorts betoogt dat de eerste bedenking in het eerste addendum bij het verslag van nazicht feitelijk onjuist zou zijn, lijkt zij uit te gaan van een verkeerde lezing van dit motief. Zo blijkt op het eerste gezicht uit het samen lezen met de rest van de motivering dat het ingenieurs- en adviesbureau wel degelijk in aanmerking heeft genomen dat de verzoekende partij uitgaat van een maximaal -en dus niet volledig- hergebruik gezien de gronden overwegend zand tot zanderig zijn, hetgeen volgens het bestek toegelaten is zolang die geschikt zijn. Waar wordt gesteld dat de verzoekende partij ervan uitgaat dat alle gronden steeds geschikt zijn om rechtstreeks te hergebruiken zonder grondverbetering, lijkt de aanbestedende overheid, anders dan hoe de verzoekende partij dit ziet, te verwijzen naar het feit dat er volgens de prijsverantwoording nergens zeefwerk en grondverbetering in de posten voor de afvoer en het verwerken van grondoverschotten werd ingerekend, zodat voor deze gronden niet in grondverbetering was voorzien. Dit vormt volgens de verwerende partij, zelfs voor zand- en leemhoudende gronden, een zeker risico.

20. In verband met de vaststelling in het eerste addendum bij het verslag van nazicht, dat er in de calculatie van de verzoekende partij geen rekening wordt gehouden met enige kost voor het zeven van gronden maar dat niet uit te sluiten valt dat er meer dan 25% steenmateriaal aanwezig is waardoor gebeurlijk in overeenstemming met het bestek toch zal moeten worden gezeefd, werpt de verzoekende partij op dat deze vaststelling niet gesteund is op objectieve gegevens.

Daarbij lijkt de verzoekende partij eraan voorbij te gaan dat de verwerende partij zich voor de beoordeling van de prijsverantwoordingen heeft laten bijstaan door een gespecialiseerde dienstverlener. Bovendien lijkt de verzoekende partij de bewijslast om te keren. De bewijslast inzake de normaliteit van de vermoedelijk abnormaal laag bevonden totaalprijs en de vermoedelijk abnormaal laag bevonden eenheidsprijzen ligt immers bij de betrokken inschrijver.

21. In de mate dat de verzoekende partij voorts kritiek uit op het verslag van nazicht waar gesteld wordt dat, wat het “ondiep grondwerk” betreft, een zeer goede selectieve uitgraving nodig zal zijn om vermenging van puin met de bodem te vermijden, lijkt zij evenmin te kunnen worden bijgevalen. Op het eerste gezicht houdt deze opmerking in het verslag van nazicht geen ontkenning in van de ervaring van de verzoekende partij, maar wel een kritische bedenking bij de toelichting in de prijsverantwoording waar de verzoekende partij zelf onder meer stelt dat “[er] wordt [...] gerekend met maximale hergebruik bij omhulling van de buizen en aanvulling van de rioolsleuf om zodoende het grondoverschot te minimaliseren. Hiervoor komen zowel gronden afkomstig uit ondiep grondwerk (wegenis) als grondwerk voor het maken van sleuven etc in aanmerking.”

22. In een laatste kritiek betwist de verzoekende partij het uitgangspunt van de verwerende partij dat het baanbed pas na de uitvoering van alle rioleringsaanleg, inclusief aansluitingen, zou kunnen gebeuren.

Op het eerste gezicht betreft het een algemene, niet-onderbouwde opmerking, die erop lijkt neer te komen dat volgens de verzoekende partij de door haar voorgestelde werkmethode wél technisch realistisch is. In de huidige stand van het geding kan een dergelijke opmerking de vaststelling in het verslag van nazicht, dat werd opgesteld door een deskundige, niet weerleggen.

23. Besloten wordt dat de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aannemelijk maakt dat de verwerende partij ten onrechte heeft besloten tot niet-aanvaarding van haar prijsverantwoording voor de schijnbaar abnormaal laag bevonden eenheidsprijzen voor de posten 167, 379, 381, 462, 464, 512, 573, 611, 832, 864 en 952.

Evenmin slaagt de verzoekende partij er op het eerste gezicht in aan te tonen dat de verwerende partij te dezen op onrechtmatige wijze zou hebben besloten dat de prijsverantwoording van de verzoekende partij voor haar abnormaal lage totale offerteprijs onvoldoende was om de schijn van abnormaliteit weg te nemen die, ingevolge de toepassing van artikel 36, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, van rechtswege over de totaalprijs hing.

Deze motieven volstaan om de beoordeling, dat de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig is, te dragen.

24. Het tweede onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

Eerste onderdeel

25. Uit de beoordeling van het tweede onderdeel is gebleken dat de motieven waarbij de offerte van de verzoekende partij als substantieel onregelmatig werd verworpen wegens een niet-verantwoorde abnormaal lage totaalprijs en niet-verantwoorde eenheidsprijzen voor de posten 167, 379, 381, 462, 464, 512, 573, 611, 832, 864 en 952 overeind blijven en volstaan om de beoordeling dat de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig is, te dragen.

Bijgevolg lijkt de verzoekende partij geen belang meer te hebben bij de kritiek die zij in het eerste onderdeel van het eerste middel doet gelden op het substantieel onregelmatig verklaren van haar offerte wegens het maken van een voorbehoud, omdat het een overtoollig motief betreft. Zelfs indien deze kritiek ernstig zou worden bevonden, kan ze niet meer tot de vaststelling leiden dat haar offerte ten onrechte als substantieel onregelmatig werd verworpen.

26. Ook het eerste onderdeel van het eerste middel kan niet worden aangenomen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

27. In een tweede middel voert de verzoekende partij een schending aan van de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

Zij zet dit middel uiteen als volgt:

“Vermits de Bestreden beslissing tot gunning aan [de nv S.] voortbouwt op de beslissing tot verwerping van de offerte van Verzoekende Partij en de niet-gunning aan Verzoekende Partij en vermits er een ernstig middel bestaat tegenover die Bestreden Beslissing, geldt eveneens dat dezelfde motieven kunnen ingeroepen worden tegen de Bestreden Beslissing tot gunning aan [de nv S.]

De materiële motiveringsplicht met betrekking tot de Bestreden Beslissing tot gunning aan [de nv S.], is niet nagekomen omdat de offerte van Verzoekende Partij had moeten mee in overweging zijn genomen en deze offerte de laagste regelmatige offerte is.

Evenzeer ten aanzien van de Bestreden Beslissing tot gunning aan [de nv S.] bestaat derhalve een ernstig middel die tot de schorsing ervan dient te leiden.”.

Beoordeling

28. In haar nota met opmerkingen doet de verwerende partij gelden dat geen van de motieven om tot de onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij te besluiten voldoende werd weerlegd in het eerste middel, waardoor het tweede middel niet-ontvankelijk, minstens niet ernstig is.

29. Uit de beoordeling van het eerste middel is gebleken dat de motieven waarbij de offerte van de verzoekende partij als substantieel onregelmatig werd verworpen wegens een niet-verantwoorde abnormaal lage totaalprijs en niet-verantwoorde eenheidsprijzen voor de posten 167, 379, 381, 462, 464, 512, 573, 611, 832, 864 en 952 overeind blijven en volstaan om de beoordeling dat de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig is, te dragen.

De verzoekende partij heeft op het eerste gezicht dan ook geen belang meer bij de kritiek die zij in het tweede middel doet gelden op de deugdelijkheid van de motivering van de gunningsbeslissing en die louter gesteund is op een beweerd gebrek aan draagkrachtige motivering van de beslissing tot onregelmatigverklaring van haar offerte zoals aangebracht in het eerste middel.

30. Het tweede middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

31. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

1. De tweede en de derde verwerende partij worden buiten de zaak gesteld.

2. De Raad van State verworpt 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 24 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de eerste verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op eenendertig oktober tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Inge Vos,
bijgestaan door

Johan Pas,

De griffier

Johan Pas

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Inge Vos