RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 222.863 van 14 maart 2013
in de zaak A. 207.950/XII-7240

In zake: de NV DEME ENVIRONMENTAL CONTRACTORS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Annelies Verlinden en Evelien De Raeymaecker
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE MILIEUMAATSCHAPPIJ
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat S. Libeer
kantoor houdend te 1040 Brussel
Sint-Michielslaan 55/10
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 februari 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing dd. 24 december 2012 van de Vlaamse Milieumaatschappij, Afdeling Operationeel Waterbeheer […] waarbij werd besloten de opdracht op basis van het Bestek L 2012 R 003 A 'Slibruiming van de Bazeput te Kallo' toe te wijzen aan nv Aannemingen Aertssen en derhalve niet toe te wijzen aan de nv Deme Environmental Contractors".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 maart 2013, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Annelies Verlinden en Evelien De Raeymaecker, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Mathias Kirsch, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

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 Vlaamse Milieumaatschappij schrijft een opdracht voor de aanneming van werken uit met betrekking tot "Slibruiming van de Bazeput te Kallo" volgens bestek L 2012 R 0003 A.

3.2. De opdracht wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 12 november 2012.

3.3. De opdracht wordt gegund met een openbare aanbesteding en wordt geraamd op een bedrag van 1.673.430,00 euro.

3.4. De openingszitting vindt plaats op 18 december 2012. Er worden acht offertes ingediend, btw inbegrepen:

1)	Aannemingsbedrijf Aertssen nv	2.112.568,04 euro
2)	DEME International Contractors nv	2.488.213,75 euro

3)	DC Industrial nv	2.765.600,20 euro
4)	Heyrman-De Roeck nv	2.964.084,37 euro
5)	CEI-De Meyer	3.300.305,25 euro
6)	TV Jan De Nul-Envisan	3.238.554,15 euro
7)	Ghent Dredging	3.526.399,20 euro
8)	ABOG nv	5.811.533,20 euro.

De gekozen inschrijver dient de laagste offerte in voor een bedrag van 2.112.568,04 euro, btw inbegrepen, verzoekende partij dient de tweede laagste offerte in voor een bedrag van 2.488.213,75 euro, btw inbegrepen.

3.5. Op 20 december 2012 wordt een gunningsverslag opgesteld. In het gunningsverslag wordt vermeld:

> "Onderzoek naar mogelijks abnormaal karakter van de totaalprijs en eenheidsprijzen:
>
> a) Totaalprijs
>
> Gemiddelde volgens art. 110,§4 van het K.B. van 08.01.1996 […]: 2.709.335,20 EUR
> 15% ondergrens: 2.709.335,20 x 0,85 = 2.302.934,92 EUR
>
> De bieding van de firma Aertssen ligt onder de 15% ondergrens van de inschrijvingen. De inschrijving ligt daarentegen 26,2% boven de raming (raming: 1.673.430,00 EUR). Een onderzoek op abnormale eenheidsprijzen is noodzakelijk.
>
> b) Eenheidsprijzen
>
> Bespreking van de geselecteerde posten voor het onderzoek op het mogelijks abnormaal lage karakter
> De firma Aertssen heeft lage eenheidsprijzen voor de ruiming (posten 2 en 3) en voor het transport en verwerking van het slib (posten 4 en 5). De prijzen voor de posten 2 en 3 zijn laag maar niet ongewoon en vergelijkbaar met de eenheidsprijzen die gehanteerd worden bij andere gelijkaardige aanbestedingen die het Bestuur recent aanbesteedde. Wellicht heeft ook de nabijheid van de werflocatie t.o.v. de bedrijfszetel van de firma Aertssen meegespeeld bij de scherpe prijszetting. In het licht van de raming zijn de prijzen van post 2 en 3 bovendien niet abnormaal laag.
> Posten 4 en 5 liggen ca 30% onder het gemiddelde, echter 38% boven de raming en worden daarom niet als abnormaal beschouwd. Bovendien hanteert DC Industrial voor deze posten een nog lagere prijs.

Bespreking van de geselecteerde posten voor het onderzoek op het mogelijks abnormaal hoge karakter
Er werden hiervoor geen posten geselecteerd.

Conclusie
Het bestuur besluit de totaalprijs niet als abnormaal laag te beschouwen gelet op de raming enerzijds en de inschrijvingsprijzen van de overige inschrijvers anderzijds. Bovendien is de firma Aertssen een grote firma, gespecialiseerd in grondwerken, die actief is op grote werven en derhalve zeer concurrerend kan werken.

Besluit en voorstel
De laagste inschrijving voldoet aan de gestelde voorwaarden en kan als regelmatig worden beschouwd. Daarom wordt voorgesteld de werken toe te wijzen aan aannemingsbedrijf Aertssen nv uit Stabroek op basis van haar inschrijving van 18 december 2012 voor een bedrag van 1.745.924,00 + 366.644,04 EUR (21% btw) = 2.112.568,04 EUR".

3.6. Op 24 december 2012 wordt de bestreden beslissing genomen waarbij het gunningsverslag volledig wordt onderschreven en de opdracht wordt gegund aan de nv Aannemingsbedrijf Aertssen.

3.7. Bij aangetekende brief van 18 januari 2013 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat haar offerte niet werd gekozen. Bij aangetekende brief van dezelfde datum deelt verwerende partij aan de gekozen inschrijver, de nv Aannemingsbedrijf Aertssen, mee dat diens offerte werd gekozen.

3.8. Bij e-mailbericht van 29 januari 2013 en aangetekende brief van ongekende datum, maar door verzoekende partij ontvangen op 31 januari 2013 deelt verwerende partij op vraag van verzoekende partij haar de gemotiveerde gunningsbeslissing en het gunningsverslag mee.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. Verwerende partij betwist de tijdigheid van de vordering in haar nota, maar doet ter terechtzitting afstand van de exceptie.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

5.2. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 'tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten' van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 65/31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking niet bereiken.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

6.1. Het eerste middel steunt in essentie op de grief dat de gekozen inschrijver "op datum van aanbesteding geenszins over een afdoende milieuvergunning beschikt om de werken uit te voeren waardoor zij ook niet de in het bestek voorgeschreven werkwijze kan volgen". Het middel wordt over vijftien bladzijden uitgewerkt.

6.2. Bij de beoordeling van het middel lijken een aantal bestekspalingen te moeten worden onderzocht betreffende de noodzakelijke vergunningen, die volgens de Raad van State niet meteen duidelijk te situeren zijn in de gunningsfase of de uitvoeringsfase. Dat onderzoek lijkt ook te moeten uitgaan van de diverse klassen overeenkomstig het decreet van 28 juni 1985 'betreffende de milieuvergunning', van diverse rubrieken in het besluit van de Vlaamse regering van 6 februari 1991 'houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de milieuvergunning', van het decreet van 23 december 2011 'betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen' en op het besluit van de Vlaamse regering van 17 februari 2012 'tot vaststelling van het Vlaams reglement betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen'.

Aldus leent het middel zich wegens zijn intrinsieke complexiteit niet om te worden onderzocht in een uiterst dringende procedure zoals de onderhavige. Prima facie, zonder gedegen onderzoek, kan het immers niet op zijn merites worden beoordeeld zodat het niet als ernstig kan worden gekwalificeerd. De Raad van State heeft geen ruimte om voormeld onderzoek te doen, omdat de wetgever blijkbaar verwachtte dat in overheidsopdrachten uiterst snel uitspraak zou worden gedaan, meer bepaald vóór afloop van de schorsing van de termijn tijdens dewelke de inschrijvers gebonden blijven door hun offerte, overeenkomstig

artikel 65/8, § 2, tweede lid, 3°, van de voormelde overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993.

Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

7. In het tweede middel voert verzoekende partij de schending aan van "artikel 15 van de overheidsopdrachtenwet, van artikel 110,§4 van het KB van 8 januari 1996 van het gelijkheidsbeginsel, de eerlijke mededinging en het materiële motiveringsbeginsel".

Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

> "Doordat de offerteprijs opgegeven door nv Aannemingen Aertssen een prijs betreft die meer dan 15% lager ligt dan het gemiddelde van de offerteprijzen van de overige inschrijvers waardoor de offerteprijs van nv Aannemingen Aertssen behept is met een abnormaal laag karakter, waardoor met het oog op de beoordeling van de offertes verwerende partij slechts op basis van een grondig en zorgvuldig onderzoek kan besluiten de offerte niet als onregelmatig aan te merken;
>
> En doordat de bestreden beslissing een motivering bevat, opgesteld door verwerende partij zonder daartoe om een rechtvaardiging te verzoeken van nv Aannemingen Aertssen, die niet pertinent en draagkrachtig is en waaromtrent dient te worden vastgesteld dat verwerende partij er allerminst in slaagt concrete en objectieve factoren aan te dragen die de als abnormaal te beschouwen prijzen zouden kunnen rechtvaardigen;
>
> En doordat de opdracht ingevolge de bestreden beslissing aldus niet is toegewezen aan de laagste regelmatige offerte".

In de toelichting bij het middel betoogt zij dat de raming van de opdracht slechts als een objectief beoordelingscriterium wordt aanvaard in het kader van de beoordeling van het abnormaal karakter van lage prijzen voor zover de raming als realistisch kan worden beoordeeld. Dit is te dezen niet het geval volgens verzoekende partij. De totaalprijs van de nv Aannemingen Aertssen ligt

meer dan 26% boven de ramingsprijs, de gemiddelde totaalprijs ligt meer dan 41% boven de ramingsprijs en de hoogste offerteprijs bedraagt het dubbele van de raming. In concreto verschilt de offerteprijs van de nv Aannemingen Aertssen met ongeveer 500.000 euro van de raming en verschilt de gemiddelde totaalprijs met ongeveer 1 miljoen euro van de raming en dit op een prijs van ongeveer 2 miljoen euro. Aldus blijkt volgens verzoekende partij dat de raming niet realistisch is.

Daarnaast doet verzoekende partij met betrekking tot de summiere rechtvaardiging voor de lage opgegeven eenheidsprijzen voor posten 2 en 3 gelden dat verwerende partij slechts vaststelt dat de prijzen “laag” zijn. Voorts geeft verwerende partij aan dat de lage prijzen “niet ongewoon” zijn. De eerste verklaring bevestigt juist de abnormaliteit van de prijzen en de tweede vindt geen nadere staving in het gemotiveerd gunningsverslag.

Voorts is ook de motivering dat de eenheidsprijzen vergelijkbaar zijn met gelijkaardige aanbestedingen die verwerende partij recent aanbesteedde vaag en algemeen zonder dat daarbij wordt aangegeven welke opdrachten het betreft zodat het gelijkaardig karakter ervan door verzoekende partij niet kan worden geverifieerd. Er wordt ook geen enkele tijdsindicatie gegeven. Ieder tijdsverloop zeker in tijden van economische onzekerheid heeft een impact op de steeds fluctuerende marktprijzen. Er wordt ook niet aangegeven welke prijzen werden opgegeven in de andere aanbestedingen. Daarbij is het volgens verzoekende partij opmerkelijk dat de raming, waarbij verwerende partij zich allicht ook heeft laten inspireren door recente gelijkaardige opdrachten, in geen geval representatief voor en gelijkaardig is aan de effectief opgegeven prijzen van de inschrijvers.

Vervolgens tracht verwerende partij de abnormaal lage eenheidsprijzen te verantwoorden door te wijzen op de nabije bedrijfszetel van de nv Aannemingen Aertssen bij de werflocatie. Dit kan echter geenszins volstaan als een afdoende motivering aangezien verwerende partij niet aantoont welke invloed

de nabijheid van de bedrijfszetel precies heeft op de in haar offerte opgenomen eenheidsprijzen en op welke wijze dit de lage eenheidsprijzen kan verantwoorden.

Bovendien zou de vestiging van de bedrijfszetel volgens verzoekende partij van geen belang zijn omdat de verwerking van de specie ofwel zal gebeuren aan de Bazeput zelf ofwel door een onderaannemer gevestigd in de nabijheid. Voor zover de nv Aannemingen Aertssen een beroep zou doen op een onderaannemer die verder gevestigd is, is haar offerteprijs des te meer onrealistisch en abnormaal laag nu in voorkomend geval ook de transportkosten dienen te worden verrekend. Uit de inschrijvingsprijzen van de andere inschrijvers blijkt dat hoe verder de inschrijver is verwijderd van de werflocatie meer bepaald hoe verder de verwerkingsinstallatie is verwijderd van de werflocatie, hoe hoger de offerteprijs is die wordt opgegeven door de inschrijver. In elk geval, meent verzoekende partij, is er op de bedrijfszetel van de nv Aannemingen Aertssen geen vergunde installatie aanwezig waar de specie kan worden bewaard en waar de specie vervolgens kan worden verwerkt. Het feit dat de bedrijfszetel van de nv Aannemingen Aertssen in de buurt van de werflocatie ligt, is ook geen verantwoording die enkel kan worden betrokken op haar en die haar zou kunnen onderscheiden van de andere inschrijvers. Ook de bedrijfszetel van verzoekende partij bevindt zich vlakbij de werflocatie, net als de bedrijfszetel van inschrijver Heyrman-De Roeck. Daarenboven blijkt verwerende partij zelf onzeker te zijn of de nabijheid van de werflocatie de werkelijke reden is voor de lage prijzen van de nv Aannemingen Aertssen, zoals blijkt uit de formulering “wellicht” in de gunningsbeslissing. Hieruit blijkt des te meer dat verwerende partij slechts een zeer summier prijsonderzoek heeft gevoerd.

Tot slot stelt verwerende partij in de bestreden beslissing dat de prijzen van posten 2 en 3 in het licht van de raming niet abnormaal zouden zijn, zonder aan te geven wat dan de raming aangaf als eenheidsprijzen voor posten 2 en 3.

Ten aanzien van de eenheidsprijzen voor posten 4 en 5 geeft verwerende partij aan dat de prijzen van de nv Aannemingen Aertssen 30% onder het gemiddelde liggen maar 38% boven de raming waardoor ze niet als abnormaal worden beschouwd, maar zoals verzoekende partij reeds betoogde, meent verzoekende partij dat de raming niet realistisch was en dus geen toetsingselement kan zijn. De raming ligt niet alleen 38% lager dan de prijs van de inschrijver wiens prijzen als abnormaal kunnen worden beschouwd, maar bovendien 68% lager dan de gemiddelde eenheidsprijzen voor posten 4 en 5. Een raming die 68% lager ligt dan de gemiddelde eenheidsprijs kan onmogelijk als realistisch en zonder meer normaal worden beoordeeld.

Voorts meent verzoekende partij dat de verwijzing naar de prijzen van DC Industrial nv voor deze posten geen verantwoording kan bieden omdat het geen objectieve en concrete factor is. Het is niet omdat een andere inschrijver ook een lage prijs biedt dat hierdoor de abnormaal lage prijzen van de gekozen inschrijver niet meer abnormaal zouden zijn. Bovendien heeft DC Industrial weliswaar een lage prijs ingediend voor de posten 4 en 5 maar heeft ze geen abnormale totaalprijs opgenomen die substantieel boven het gemiddelde van de totaalprijzen ligt.

Ten aanzien van de verantwoording dat de nv Aannemingen Aertssen een grote onderneming is gespecialiseerd in grondwerken, die actief is op grote werven en derhalve zeer concurrerend kan werken merkt verzoekende partij op dat dit geen verantwoording is die enkel van toepassing is op de nv Aannemingen Aertssen. De andere inschrijvers zijn ook alle belangrijke spelers gespecialiseerd in grondwerken. De verantwoording is ook te vaag, eenvoudig en algemeen verwoord.

Er blijkt ook een tegenstrijdigheid uit de gunningsbeslissing nu verwerende partij in de gunningsbeslissing enerzijds gewag maakt van een “bespreking van de geselecteerde posten voor het onderzoek op het mogelijks

abnormaal karakter" terwijl zij anderzijds schrijft dat "er hiervoor geen posten [werden] geselecteerd".

Bijgevolg zijn de motieven op grond waarvan verwerende partij de offerteprijs van de gekozen inschrijver als niet abnormaal heeft beschouwd, noch deugdelijk, noch pertinent.

Beoordeling

8. Op grond van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 'betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten' dient bij een openbare aanbesteding de opdracht te worden toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende.

Artikel 110, §§ 2 tot 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 'betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken' bepaalt:

> "§ 2. Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen.
> § 3. Vooraleer de aanbestedende overheid evenwel een offerte afwijst, wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen, verzoekt zij de betrokken inschrijver per aangetekende brief hierover de nodige schriftelijke verantwoordingen te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn toestaat.
> Het is de inschrijver die het bewijs moet leveren van de verzending van die verantwoordingen.
> Bij het onderzoek van de vermoedelijk abnormale prijzen kan de aanbestedende overheid met name rekening houden met verantwoordingen gesteund op:
> 1°de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;
> 2°de gekozen technische oplossingen en/of uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten kan profiteren;

3°de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;
4°de naleving van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de opdracht wordt uitgevoerd;
5°de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver.
[…]
§ 4. In het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken, gegund bij openbare of beperkte aanbesteding en voor zover minstens vier offertes werden ingediend, wordt bovendien elke offerte waarvan het bedrag minstens vijftien pct. Onder het gemiddelde bedrag van de door gegadigden ingediende offertes ligt beschouwd als een offerte waarvan het eventueel abnormale karakter van de prijs moet nagezien worden door de aanbestedende overheid.
Het in het eerste lid beschouwde gemiddelde wordt als volgt berekend:
1° indien het aantal offertes gelijk is aan of groter is dan zeven, met uitsluiting van de laagste offerte en – terzelfdertijd – onder de hoogste offertes van een deel dat een vierde van het geheel van de ingediende offertes vertegenwoordigt. Indien dit aantal niet deelbaar is door vier, wordt dat vierde deel naar de hogere eenheid afgerond;
2° indien het aantal offertes lager ligt dan zeven, met uitsluiting van de laagste en van de hoogste offerte.
Voor een offerte waarbij het eventueel abnormaal karakter van het bedrag dient nagezien te worden in de zin van deze paragraaf, moet de aanbestedende overheid:
1° ofwel in de beslissing om de opdracht toe te wijzen, de verwerping van het bezwaar tegen het schijnbaar abnormale bedrag van de offerte formeel motiveren;
2° ofwel de inschrijver verzoeken de nodige rechtvaardigingen, zoals voorzien in § 3, te bezorgen. Indien na onderzoek van deze rechtvaardigingen blijkt dat het bedrag van de offerte abnormaal is of bij gebrek aan rechtvaardigingen binnen de opgelegde termijn, moet de aanbestedende overheid, in afwijking van § 2, de offerte als onregelmatig beschouwen en bijgevolg als van rechtswege nietig".

9. Partijen betwisten niet dat het hiervoor aangehaalde artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 te dezen van toepassing is, nu het gaat om een aanneming van werken die werd gegund bij openbare aanbesteding en waarbij meer dan vier offertes werden ingediend, noch wordt betwist dat het bedrag van de offerte van de gekozen inschrijver minstens 15% onder het gemiddelde bedrag van de andere ingediende offertes ligt, te weten bijna 23%. De aanbestedende overheid diende de offerte van de gekozen inschrijver aldus te

beschouwen als een offerte waarvan het eventueel abnormale karakter van de prijs moet worden nagezien en waaromtrent zij een prijsonderzoek dient te voeren. Zij beschikt daaromtrent niet over een discretionaire bevoegdheid.

Aldus lijkt te kunnen worden aangenomen dat de aanbestedende overheid enerzijds wel verplicht was een prijsonderzoek te voeren maar anderzijds over een discretionaire bevoegdheid beschikte om daartoe al dan niet een prijsverantwoording te vragen aan de betrokken inschrijver. De Raad van State kan zich bij dergelijke beoordeling niet in de plaats stellen van het bestuur, maar hij mag desgevraagd wel nagaan of de betrokken motieven op grond waarvan de bestreden beslissing tot het besluit komt dat er geen sprake is van abnormale prijzen, in aanmerking mogen worden genomen hetgeen onder meer vereist dat die motieven naar behoren zijn bewezen, en dat ze op afdoende wijze het vermoeden van abnormaliteit van de prijzen kunnen weerleggen. De in artikel 110, § 3, opgesomde objectieve factoren, waarmee de aanbestedende overheid rekening mag houden bij haar prijsonderzoek, zijn voorts niet limitatief.

10. De Raad van State sluit zich, voor de beoordeling van de concrete grieven, in dit middel aangebracht, aan bij de bevindingen van het mondelinge advies van het auditoraat ter terechtzitting, die in essentie als volgt kunnen worden weergegeven:

> 1. Te dezen bleek dat de totaalprijs die door de gekozen inschrijver werd geboden bijna 23% onder het gemiddelde van de inschrijvingsprijzen lag.
>
> Verwerende partij heeft in het hiervoor aangehaalde gunningsverslag relaas gegeven van een gevoerd prijsonderzoek naar de totaalprijs en naar de eenheidsprijzen van de gekozen inschrijver voor de posten 2, 3, 4 en 5, die het lage karakter van de totaalprijs zouden kunnen verklaren.
>
> Ten aanzien van de totaalprijs komt verwerende partij in het gunnings-verslag tot de bevinding dat de inschrijving 26,2% boven de raming ligt.
>
> Ten aanzien van de raming lijken partijen het er over eens dat het op zich niet uitgesloten lijkt de raming te hanteren als referentiepunt voor het bepalen van het abnormale karakter van prijzen. De raming zou aldus ook

kunnen worden aangewend om het niet-abnormale karakter van de prijzen aan te tonen. Verzoekende partij lijkt er echter terecht op te wijzen dat dit slechts geldt in de mate dat de raming van de opdracht min of meer realistisch was. Te dezen moet worden vastgesteld dat de raming 38% onder de gemiddelde totaalprijzen ligt en 21% onder de laagste prijs. Verwerende partij tracht op geen enkele wijze aan te tonen – ook niet in haar nota – dat de raming van de prijzen realistisch was. Gelet hierop lijkt de vaststelling dat de totaalprijs van de gekozen inschrijver te dezen 26,2% boven de raming ligt, op het eerste gezicht aldus niet als een deugdelijke motivering naar voor te komen om het vermoeden van abnormaal karakter van de totaalprijs te verantwoorden.

2. Omtrent het onderzoek van de eenheidsprijzen oordeelt verwerende partij vervolgens met betrekking tot de posten 2 en 3 dat deze eenheidsprijzen weliswaar laag zijn maar:

- de prijzen zijn niet ongewoon en vergelijkbaar met de eenheidsprijzen die gehanteerd worden bij andere gelijkaardige aanbestedingen die het bestuur recent aanbesteedde;
- wellicht heeft ook de nabijheid van de werflocatie bij de bedrijfszetel van de nv Aannemingen Aertssen meegespeeld bij de scherpe prijszetting;
- in het licht van de raming zijn de prijzen van post 2 en 3 bovendien niet abnormaal laag.

Verwerende partij oordeelt aldus bij het prijsonderzoek dat de prijzen voor de posten 2 en 3 inderdaad laag zijn maar niet ongewoon en vergelijkbaar met eenheidsprijzen bij andere aanbestedingen die recent werden aanbesteed. Op het eerste gezicht lijkt het niet uitgesloten dat de aanbestedende overheid in haar prijsonderzoek om te beoordelen of de ingediende eenheidsprijzen voor een bepaalde post abnormaal zijn, rekening houdt met eenheidsprijzen die werden gehanteerd in andere gelijkaardige aanbestedingen. In dat geval lijkt dan wel op het eerste gezicht uit het administratief dossier te moeten blijken dat de aanbestedende overheid over voldoende en nauwkeurige vergelijkingspunten beschikt die inderdaad in concreto vergelijkbaar zijn.

Te dezen legt verzoekende partij als niet-vertrouwelijk stuk een gunningsverslag voor met betrekking tot een andere overheidsopdracht inzake ruimingswerken. Verwerende partij legt echter voorts als vertrouwelijk stuk nog een interne nota neer waarbij een aantal bijlagen zijn gevoegd. De inhoud van de interne nota werd zo goed als integraal overgenomen in de argumentatie van verwerende partij in haar verweernota. De bijlagen bij de

interne nota betreffen gunningsverslagen en offerteformulieren van andere opdrachten inzake slibruiming van waterlopen, gegund door verwerende partij.

Wat de gunningsverslagen betreft die worden voorgelegd en waarin prijsonderzoeken werden gevoerd, dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat de eenheidsprijzen die voor die opdrachten werden geboden alvast significant hoger lagen voor de posten in verband met slibruiming, dan de prijzen geboden door de gekozen inschrijver voor huidige opdracht, zodat deze vergelijkingsprijzen op het eerste gezicht niet van aard zijn het vermoeden van abnormaal karakter van de prijzen geboden door de gekozen inschrijver weg te nemen.

Daarnaast oordeelde verwerende partij dat de nabijheid van de bedrijfszetel van de nv Aannemingen Aertssen ten opzicht van de werflocatie wellicht meegespeeld heeft bij de scherpe prijszetting voor de slibruiming. Verzoekende partij wijst er echter op dat dit geen voordeel is waarvan enkel de begunstigde inschrijver kan genieten. Zij lijkt ook terecht aan te voeren dat verwerende partij niet verduidelijkt hoe de nabijheid van de werflocatie de eenheidsprijs voor de ruimingswerken zelf gunstig beïnvloedt en dat verwerende partij blijkbaar zelf ook twijfels heeft over de precieze invloed van dit gegeven op de prijzen.

Verwerende partij lijkt hier in haar nota ook geen nadere toelichting over te geven, noch legt zij enig stuk voor waaruit blijkt dat de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de prijzen deze invloed zou hebben onderzocht.

Wat de overweging betreft omtrent de raming, kan worden verwezen naar wat hiervoor is gesteld. Voor zover verwerende partij van oordeel is dat in het licht van de raming, de prijzen voor de posten 2 en 3 niet abnormaal laag zijn, is het niet duidelijk of zij hiermee de raming voor de betrokken posten bedoelt, dan wel de totale raming van de opdracht. Het blijkt op het eerste gezicht ook niet duidelijk uit het administratief dossier wat de raming was voor de verschillende posten afzonderlijk.

3. Omtrent de eenheidsprijzen voor de posten 4 en 5 oordeelt verwerende partij:

- dat posten 4 en 5 ongeveer 30% onder het gemiddelde liggen, maar 38% boven de raming en dat ze daarom niet als abnormaal worden beschouwd;
- bovendien hanteert DC Industrial voor deze posten een nog lagere prijs.

Wat de rechtvaardiging betreft op grond van de raming, kan worden verwezen naar wat hiervoor is gesteld.

Voorts verwijst verwerende partij ernaar dat een andere inschrijver nog een lagere prijs hanteerde voor deze posten. Dat gegeven op zich, dat door de Raad van State bovendien niet kan worden geverifieerd bij gebreke aan het neerleggen van een vergelijkingstabel van de ingediende prijzen dan wel de offertes van alle inschrijvers, lijkt op zich niet voldoende om het normaal karakter van een eenheidprijs aan te tonen.

Tot slot verwijst verwerende partij in de interne nota die ze als vertrouwelijk stuk neerlegt, naar een vergelijkend prijsonderzoek dat ze zou gevoerd hebben met betrekking tot deze eenheidsprijzen waaruit zou blijken dat de eenheidsprijzen vergelijkbaar zijn met de prijzen geboden in andere dossiers. Dit argument werd echter niet hernomen in de bestreden gunningsbeslissing of het gunningsverslag.

In haar nota geeft verwerende partij nog een eerder algemene uitleg over de mogelijke schommelingen van de prijs voor slibverwerking omdat deze prijs onder meer onderhevig zou zijn aan het feit of een aannemer in de nabijheid werven heeft waarbij er een grondtekort is en het geruimde slib als een bruikbare secundaire grondstof wordt afgevoerd. Op het eerste gezicht toont verwerende partij in ieder geval niet aan dat deze factoren zich te dezen zouden voordoen ten gunste van de gekozen inschrijver waardoor deze inderdaad lagere eenheidsprijzen heeft geboden.

In het gunningsverslag waarnaar de bestreden beslissing verwijst, wordt ten slotte als algemeen besluit gesteld dat de totaalprijs niet abnormaal is gelet op de raming en de inschrijvingsprijzen van de overige inschrijvers. Bovendien is de nv Aannemingen Aertssen een grote onderneming gespecialiseerd in grondwerken, die actief is op grote werven en derhalve zeer concurrerend kan werken.

Ten aanzien van de raming kan opnieuw worden verwezen naar wat hiervoor werd besproken. Voorts valt op het eerste gezicht niet in te zien

hoe de inschrijvingsprijzen van de overige inschrijvers het niet abnormaal lage karakter van de totaalprijs van de gekozen inschrijver kunnen aantonen, nu de prijs van de gekozen inschrijver precies meer dan 15% lager ligt dan het gemiddelde. Voor zover verwerende partij hiermee verwijst naar het feit dat de eenheidsprijs van DC Industrial voor de posten 4 en 5 nog lager zou liggen dan de prijzen van de gekozen inschrijver, werd reeds gesteld dat dit geen afdoende motivering lijkt te zijn. Wat de overweging betreft dat de nv Aannemingen Aertssen een grote onderneming is, gespecialiseerd in grondwerken, die actief is op grote werven valt op het eerste gezicht niet in te zien dat dit een gunstige omstandigheid is die eigen is aan de gekozen inschrijver en die enkel hem een voordeel zou verstrekken. Zoals verzoekende partij terecht opmerkt, lijken te dezen ook de andere inschrijvers eerder belangrijke spelers die vertrouwd zijn met de uit te voeren werken en actief zijn op grote werven. Bijgevolg lijkt ook dit motief geen gunstige omstandigheid te zijn die de gekozen inschrijver onderscheidt van de andere inschrijvers. In haar nota toont verwerende partij in ieder geval niet aan dat deze opmerking van verzoekende partij niet zou stroken met de werkelijkheid.

Gelet op al deze gegevens lijkt te dezen op het eerste gezicht te moeten worden vastgesteld dat de rechtvaardiging opgenomen in de bestreden gunningsbeslissing onvoldoende onderbouwt waarom de door de gekozen inschrijver ingediende prijs niet als abnormaal wordt beschouwd, ondanks het feit dat hij zich onder het gemiddelde bevindt van 15% berekend volgens artikel 110,§ 4 bij een aanbesteding van werken. De in het gunningsverslag opgenomen motivering doet zich op het eerste gezicht niet voor als een deugdelijke, draagkrachtige verantwoording van de verwerping van het bezwaar tegen het schijnbaar abnormale bedrag van de offerte zoals vereist in artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

11. Aldus lijkt de conclusie te moeten luiden dat voormeld artikel 110, §4, is toegepast met schending van de materiële-motiveringsverplichting. Het tweede middel is in zoverre ernstig, en aan de schorsingsvoorwaarde is bijgevolg voldaan.

VII. Besluit

12. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden ingewilligd en de bestreden gunningsbeslissing in haar tenuitvoerlegging geschorst.

13. Verzoekende partij toont, louter door het ernstig middel, evenwel niet aan om welke reden de aanbestedende overheid de opdracht aan haar zou dienen te gunnen, mocht door een schorsing een dergelijke plicht al kunnen ontstaan. In de mate dat de aanbestedende overheid immers een nieuw en zorgvuldig prijsonderzoek zou verrichten, is het mogelijk dat zij opnieuw tot de vaststelling komt, maar dit keer op grond van een deugdelijke motivering, dat de opdracht opnieuw gegund dient te worden aan de eerst gekozen inschrijver.

Er is dan ook in de huidige stand van het geding geen reden om ook de impliciete beslissing om de opdracht niet aan verzoekende partij te gunnen in haar tenuitvoerlegging te schorsen.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de Vlaamse Milieumaatschappij van 24 december 2012 om de overheidsopdracht "Slibruiming Bazeput te Kallo" (bestek L 2012 R 0003 A) te gunnen aan de nv Aannemingen Aertssen.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 maart 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Dierk Verbiest**