

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 173.795 van 31 juli 2007
in de zaak A. 184.349/XII-5150.**

In zake : de NV FORTIS CORPORATE INSURANCE, vennootschap naar
Nederlands recht,
die woonplaats kiest bij
advocaten L. Schuermans en P. Teerlinck,
kantoor houdende te Turnhout,
de Merodelei 112

tegen :

de NV BEHEERSMAATSCHAPPIJ ANTWERPEN MOBIEL,
vennootschap van publiek recht,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D’hooghe, F. Vandendriessche en S. Jochems,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Fortis Corporate Insurance op 13 juli 2007 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing van onbekende datum van de Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel, NV van publiek recht, in voorliggende procedure Verwerende Partij, tot wijziging van het bestek met referentie ‘Bestek nr. 2007/001/A’ getiteld ‘Verzekeringen. Realisatie Oosterweelverbinding / Gunningsbestek’ (hierna het “Bestek”) waarbij werd beslist om het oorspronkelijk in het Bestek voorziene perceel D, getiteld ‘Marine Builders - Marine Liability - Financiële gevolgschadde’ te integreren in het perceel A”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 16 juli 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 27 juli 2007, om 10.00 uur;

Gehoord het verslag van staatsraad Ch. Bamps;

Gehoord de opmerkingen van advocaat L. Schuermans en van advocaat C. De Wolf loco advocaat P. Teerlinck, die verschijnen voor de verzoekende partij, en van advocaten F. Vandendriessche en S. Jochems en van client advisor P. Balliauw, die verschijnen voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur P. Barra;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT HETGEEN VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. In bestuursvergadering van 19 januari 2007 beslist de raad van bestuur van verwerende partij de opdracht tot het sluiten van de kernverzekeringen voor het Project Oosterweelverbinding door middel van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande Belgische en Europese bekendmaking goed te keuren.

2. In het Europees Publicatieblad van 6 maart 2007 en in het Bulletin der Aanbestedingen van 6 maart 2007 wordt de opdracht voor de aanneming van diensten (bestaande in het verzekeren van de risico's betreffende de realisatie van het Oosterweelverbindingsproject) bekendgemaakt die met een onderhandelingsprocedure zal worden gegund.

Acht percelen worden voorgesteld; de percelen kunnen elk worden onderverdeeld in twee subpercelen - het subperceel voor de leidende verzekeraar en het subperceel voor de medeverzekeraar- ; de inschrijver is niet verplicht voor elk perceel in te schrijven.

De acht percelen zijn:

- perceel 1 of A: ABR (alle bouwplaatsrisico's) en ALOP (advanced loss of profits)
- perceel 2 of B: XS Burgerlijke aansprakelijkheidsverzekering
- perceel 3 of C: Milieuverzekering (Contractors Pollution Liability)

- perceel 4 of D: Marine Builders Risk en Marine Liability (verzekering van materiële schade en aansprakelijkheid voor ‘natte bouwkunde’)
- perceel 5 of E: Decennale aansprakelijkheidsverzekering
- perceel 6 of F: Zaakschadeverzekering (verzekering van schade aan de voorwerpen die BAM verwerft of heeft verworven met het oog op de realisatie van de Oosterweelverbinding en die nog niet het voorwerp uitmaken van bouwactiviteiten)
- perceel 7 of G: Aansprakelijkheidsverzekering voor schade door exploitatie voor start der werken (verzekering van aansprakelijkheid t.a.v. derden door het feit van de exploitatie van het projectgebied vooraleer de werken worden aangevat)
- perceel 8 of H: Terrorisme zaakschadeverzekering

De betwisting betreft te dezen :

- perceel 1 of A : “ABR” (alle bouwplaatsrisico’s) en “ALOP” (advanced loss of profits)
- perceel 4 of D : “Marine Builders Risk en Marine Liability (verzekering van materiële schade en aansprakelijkheid voor ‘natte bouwkunde’)”.

Als voorwaarde voor deelneming wat economische en financiële draagkracht betreft, wordt onder meer het volgende vermeld :

“ 2. Minimale onderschrijvingscapaciteit

a. Eerste verzekeraar (leidende verzekeraar)

De kandidaat eerste verzekeraar bevestigt op erewoord en onderbouwt in de kandidaatstelling voor elk perceel waarvoor hij kandideert dat zijn minimale onderschrijvingscapaciteit (eigen retentievermogen aangevuld met de treaty herverzekeringscapaciteit maar met uitsluiting van specifieke projectgebonden facultatieve herverzekeringscapaciteit) gelijk is aan of groter dan de volgende op het relevante perceel toepasselijk minimaal bedrag:

50 miljoen EUR voor perceel A;

25 miljoen EUR voor elk van de andere percelen behalve het perceel H (Zaakschade terrorisme);

15 miljoen EUR voor het perceel H (Zaakschade terrorisme).

b. Medeverzekeraar

De kandidaat medeverzekeraar bevestigt op erewoord en onderbouwt in de kandidaatstelling voor elk perceel waarvoor hij kandideert dat zijn minimale onderschrijvingscapaciteit (eigen retentievermogen aangevuld met de treaty herverzekeringscapaciteit maar met uitsluiting van specifieke projectgebonden facultatieve herverzekeringscapaciteit) gelijk is aan of groter dan de volgende op het relevante perceel toepasselijk minimaal bedrag :

15 miljoen EUR bedraagt voor perceel A;

7,5 miljoen EUR bedraagt voor elk van de andere percelen.

3. Minimum incasso

De verzekeraar toont aan dat hij in het verzekeringsjaar 2005 of het

verzekeringsjaar 2006, voor de desbetreffende verzekeringstakken waarvoor hij zich kandidaat stelt, polissen heeft onderschreven voor ten minste het volgende jaarlijkse premie-incasso.

Perceel A (ABR en ALOP): kandidaat leidende verzekeraar 2.000.000 EUR en kandidaat medeverzekeraar 750.000 EUR;

Perceel B (XS aansprakelijkheidsverzekering): kandidaat leidende verzekeraar 2.000.000 EUR en kandidaat medeverzekeraar 1.000.000 EUR;

Perceel C (Milieuverzekering): kandidaat leidende verzekeraar: 1.000.000 EUR en kandidaat medeverzekeraar 500.000 EUR;

Perceel D (Marine Builders Risk - Marine Liability): kandidaat leidende verzekeraar: 2.000.000 EUR en kandidaat medeverzekeraar 750.000 EUR. Hiervoor kunnen de premie-incasso's van Marine Builders Risk en Marine Liability worden gecumuleerd.

Perceel E (Decennale aansprakelijkheid): kandidaat leidende verzekeraar 500.000 EUR en kandidaat medeverzekeraar 125.000 EUR.

Perceel F (Zaakschadeverzekering): kandidaat leidende verzekeraar 2.500.000 EUR en kandidaat medeverzekeraar 1.250.000 EUR.

Perceel G (Aansprakelijkheidsverzekering voor schade door exploitatie voor start der werken): kandidaat leidende verzekeraar 3.000.000 EUR en kandidaat medeverzekeraar 1.500.000 EUR.

Perceel H (Zaakschadeverzekering Terrorisme): kandidaat leidende verzekeraar 1.250.000 EUR en kandidaat medeverzekeraar 500.000 EUR.”.

4. In het “selectiedossier” wordt een en ander verder verduidelijkt en toegelicht. In casu blijkt dat BAM opteert voor de OCIP-benadering (Owner Controlled Insurance Program) voor de kernverzekeringen en dus zowel ten behoeve van zichzelf als van de verschillende bij de werken (alle diensten, prestaties en leveringen die de opdrachtnemer van het Oosterweelverbindingproject dient uit te voeren) betrokken partijen beoogt verzekeringen af te sluiten ter dekking van de belangrijkste risico's van het project. Het project wordt toegelicht in deel B- Algemene informatie van het selectiedossier. Er wordt tevens op gewezen dat deze gegevens zullen evolueren in de loop van de procedure gelet op de twee andere gunningsprocedures die lopen met name:

- de gunning van de opdracht voor het ontwerp (Design), de bouw (Build), een gedeeltelijke (voor)financiering (finance) en het meerjarig onderhoud (Maintain) van de Oosterweelverbinding (het zgn DBfMcontract) en
- de gunning van de opdracht voor de financiering van BAM.

De onderhandelingen in deze beide gunningsprocedures zullen hun invloed hebben op het verzekeringsprogramma van BAM voor het project Oosterweelverbinding. Een latere selectieprocedure zal gevoerd worden voor de verzekeringen die van toepassing zullen zijn tijdens de Gebruikersfase (de periode van 35 jaar na de oplevering waarin de ‘Oosterweelverbinding’ zal geëxploiteerd worden).

Onder punt 1.2. worden de termen eerste verzekeraar/medeverzekeraar nader toegelicht als volgt:

“De kandidaat verzekeraars kunnen hetzij als eerste verzekeraar (of leidende verzekeraar), hetzij als medeverzekeraar deelnemen aan de selectieprocedure.

Voor ieder perceel zal er een subperceel gevormd worden voor de eerste verzekeraar (leidende verzekeraar) en de medeverzekeraar.

Elke kandidaat eerste verzekeraar (leidende verzekeraar) wordt echter geacht zijn kandidatuur ook als medeverzekeraar te hebben gesteld, tenzij uitdrukkelijke andersluidende melding van de verzekeraar.”

In deel A wordt de gunningsprocedure geschetst. Na de selectiefase dienen de geselecteerde inschrijvers een offerte in en komt de aanbiedings- en onderhandelingsfase. Ook zijn er de voorwaarden voor deelneming in opgenomen. Er wordt de kandidaat verzekeraars op gewezen in het stadium van de kandidaatstelling geen projectgebonden onderschrijvingsexclusiviteit te bedingen bij de (hun) herverzekeraars (3.5.). Dit wordt ook vermeld onder punt 3.3.2.1. van de selectieleidraad waarbij tevens een definitie gegeven wordt van wat verstaan wordt onder minimale onderschrijvingscapaciteit: eigen retentievermogen aangevuld met de treaty herverzekeringsscapaciteit maar met uitsluiting van specifieke projectgebonden facultatieve herverzekeringsscapaciteit.

In deel B wordt de algemene informatie omtrent de BAM en het Masterplan Antwerpen opgenomen.

Deel C bevat de verzekeringstechnische aspecten (scope van de aanneming). Hier wordt bij perceel A opgemerkt dat de waarde van de werken voorlopig geraamd wordt op 1.850.000.000 € en dat bij perceel D de waarde van de werken wordt geraamd op 270.000.000 €.

5. Met een brief van 3 april 2007 stelt de verzoekende partij zich kandidaat. Ze schrijft alleen in, niet in combinatie, en voor alle percelen behalve perceel C en dit als hoofdverzekeraar. Op blz. 8 van het selectiedossier wordt wel vermeld : “Elke kandidaat eerste verzekeraar (leidende verzekeraar) wordt echter geacht zijn kandidatuur ook als medeverzekeraar te hebben gesteld, tenzij uitdrukkelijk andersluidende melding van de verzekeraar”.

In bijlage 6 tot dit schrijven is er een nota opgenomen inzake de “minimale onderschrijvingscapaciteit”. Hierin betoogt de verzoekende partij hetgeen volgt :

“Zoals aangegeven in het Aanvraagformulier (bijlage 1) stelt Fortis Corporate Insurance zich kandidaat als hoofdverzekeraar (leidende verzekeraar) voor alle percelen, behalve voor perceel C (Contractors Pollution Liability).

Nochtans beschikt FCI niet voor alle percelen over de gevraagde minimale Treaty-onderschrijvingscapaciteit als hoofdverzekeraar (zie bijgevoegde tabel). FCI is van mening dat dit gunningscriterium in dit stadium van de procedure van geen waarde is bij het selecteren van de kandidaat-verzekeraars.

Alle kandidaat verzekeraars kunnen enkel voldoen aan de gevraagde Treaty-capaciteit onder de opschortende voorwaarde dat zij nog beschikken over deze (jaarlijks te hernieuwen) Treaty-capaciteit op het moment dat de dekking effectief zal moeten ingaan (dit geldt zeker voor de dekkingen van perceel H (terrorisme) en perceel E (decennale aansprakelijkheid - aanvang dekking ten vroegste binnen 4 jaar).

Er wordt geen melding gemaakt of de gevraagde Treaty-capaciteit op MPL-basis is (Maximum Possible Loss), PML-basis (Probable Maximum Loss) of TSI-basis (Total Sum Insured).

Treaty capaciteit is in wezen ook een herverzekeringcapaciteit; nochtans worden geen eisen gesteld aan de kwaliteit van de Treaty-herverzekeringcapaciteit (A-rating herverzekeraars ?). FCI kan de gevraagde capaciteit aanvullen op facultatieve basis en doet hierbij uitsluitend beroep op eerste-rangs herverzekeraars die minimaal een A-rating hebben. Deze capaciteit wordt voor de volledige duur van het project ingekocht en niet jaar per jaar zoals een Treaty-capaciteit. Voor een project van deze omvang zal ook door maatschappijen met voldoende Treaty-capaciteit toch facultatieve capaciteit moeten worden ingekocht om totale versnippering onder medeverzekeraars te vermijden.

Er is een totale discrepantie tussen het niveau van de gevraagde Treaty-capaciteit en de gevraagde incasso-volumes. Zo heeft een verzekeraar voor perceel A die slechts 2.000.000,-EUR incasso heeft als kandidaat hoofdverzekeraar helemaal geen nood aan een Treaty-capaciteit van 50.000.000,-EUR.

Indien het criterium van de Treaty-capaciteit wordt aangehouden, dan wordt hierdoor bij voorbaat een deel van de markt -met inbegrip van alle belgo-belgische verzekeraars- uitgesloten. Verzekeraars die deel uitmaken van grote financiële groepen en een leidende positie hebben op de Belgische markt. Deze uitsluiting belemmert de vrije-marktwerking, leidt tot minder concurrentie en ultiem tot hogere premies. Kan dit de bedoeling zijn ?

Onze conclusie is dat dit gunningscriterium niet relevant is, maar dat daarentegen doorslaggevend zijn :

- de rating van de (her-)verzekeraar (financiële draagkracht en stabiliteit - zie bijlage 5)
- de aangetoonde ervaring/bekwaamheid (cfr. projecten uit het verleden en premie-incasso - zie bijlage 7 en 8)

OVERZICHT - voldoende Treaty-capaciteit volgens selectiedossier ?

PERCEEL	Als hoofdverzekeraar	Als medeverzekeraar
Perceel A	NEEN	JA
Perceel B	NEEN	JA
Perceel C	NVT	NVT
Perceel D	JA	JA
Perceel E	JA	JA
Perceel F	JA	JA
Perceel G	NEEN	JA
Perceel H	NEEN	NEEN

NVT : Niet Van Toepassing”.

6. Er wordt een beoordelingsverslag, met datum 24 mei 2007, opgesteld betreffende alle percelen, waaruit blijkt dat voor perceel A vijf inschrijvers als leidend verzekeraar en negen als medeverzekeraar geselecteerd werden en voor perceel D zes inschrijvers als eerste verzekeraar en zeven als medeverzekeraar.

Fortis, kandidaat leidend en medeverzekeraar voor percelen A en D, wordt geselecteerd voor perceel A als medeverzekeraar en voor perceel D als leidend en als medeverzekeraar.

7. Met de beslissing van 25 mei 2007 gaat de raad van bestuur van de verwerende partij akkoord met het voorstel in het beoordelingsverslag.

8. Met een brief van 21 juni 2006 schrijft de verwerende partij het volgende aan de verzoekende partij :

“U stelde zich kandidaat voor de in referte vermelde opdracht - percelen A en B (leidende verzekeraar).

Tot onze spijt moeten wij U, overeenkomstig artikel 21 bis, § 1 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten meedelen dat uw kandidaatstelling niet werd geselecteerd.

De reden hiervoor is het niet voldoen aan het selectie criterium “Minimale Onderschrijvingscapaciteit”, zoals door Uzelf is aangegeven”.

Vervolgens volgt het vermelden van de mogelijkheid een beroep in te stellen bij de Raad van State en van artikel 21bis, § 2, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

9. Met een faxbericht van donderdag 28 juni 2007 van de raadslieden van de verzoekende partij aan de verwerende partij merken deze op dat hun cliënte vanaf die dag aan de verwerende partij gevraagd heeft tot overmaking van de ‘onderliggende administratieve beslissing’ en dat de verwerende partij beloofde die vrijdagochtend over te maken. De raadslieden verzoeken de verwerende partij per kerende die beslissing over te maken.

10. Op 29 juni 2007 dient de verzoekende partij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van State tegen de beslissing van 25 mei 2007 - zaak gekend onder het rolnummer G/A.184.173/XII-5143. Bij tussenarrest nr. 173.471 van 12 juli 2007 wordt de vordering verworpen.

11. Op 22 juni 2007 beslist de raad van bestuur van verwerende partij het volgende:

“De raad van bestuur beslist om het bestek verzekeringen voor de realisatie van de Oosterweelverbinding goed te keuren en de gunningsprocedure voor de opdracht die het voorwerp uitmaakt van de percelen D, F, G en H voorlopig op te schorten en zich het recht voor te behouden de procedure met betrekking tot één of meerdere van deze percelen verder te zetten dan wel te beslissen aan de procedure geen gevolg te geven.”

Deze beslissing is genomen op basis van een nota van de manager Financiële Zaken waarin onder meer het volgende wordt vermeld:

“Wat betreft perceel D wordt geopteerd om het risico Marine Liability in hoofde van BAM in de bouwfase door DBfM-Co te laten verzekeren gelet op het feit dat dit op zich een bijkomende (excess layer) verzekering is bovenop de dekking maritieme aansprakelijkheid voor vaartuigen waarover de opdrachtnemer (of zijn onderaannemer) reeds beschikt en de opdrachtnemer (of zijn onderaannemer) dus het best geplaatst is om deze (bijkomende) dekking af te sluiten, niet alleen ter indekking van zijn eigen aansprakelijkheid (en/of zijn onderaannemers), maar ook van de aansprakelijkheid van BAM. Het luik Marine Builders wordt mee opgenomen als een uitbreiding onder de ABR-polis.

Daarom wordt voorgesteld om de gunningsprocedure voor de opdracht die het voorwerp uitmaakt van de Percelen D, F, G en H voorlopig op te schorten

en zich het recht voor te behouden de procedure met betrekking tot één of meerdere van deze Percelen verder te zetten, dan wel te beslissen aan de procedure geen gevolg te geven.”

12. Met een brief van 28 juni 2007 nodigt de verwerende partij de verzoekende partij uit tot een plenaire toelichtingsvergadering op 3 juli 2007.

In deze brief wordt onder meer vermeld dat de gunningsprocedure m.b.t. perceel D opgeschort wordt. Dit wordt nog eens bevestigd in een emailbericht van de verwerende partij aan de verzoekende partij op 29 juni 2007. Het bestek voor perceel A werd blijkaar aan de verzoekende partij op die plenaire vergadering overgemaakt.

De ontvankelijkheid

Overwegende dat door de verwerende partij drie excepties worden aangevoerd; dat een eerste exceptie betrekking heeft op het voorwerp van het onderhavig verzoek; dat de verwerende partij erop wijst dat “een beslissing tot wijziging van het Bestek”, waartegen de verzoekende partij zich blijkens haar verzoekschrift richt, niet bestaat; dat ze in casu betoogt dat ze de Bestekken voor perceel A, B, C en E heeft vastgesteld op 22 juni 2007; dat deze Bestekken werden overgemaakt aan de geselecteerde kandidaten op de plenaire toelichtingsvergadering van 3 juli 2007; dat er werd opgemerkt dat de percelen D, F, G en H opgeschort blijven en dat de zaakschadeverzekering m.b.t. “transport” wordt opgevangen door Delen IB en IC van perceel A; dat er derhalve nooit een Bestek is goedgekeurd voor perceel D of een Bestek voor het perceel waarin het gedeelte “Marine Builders” niet in was opgenomen, dat vervolgens het voorwerp zou uitgemaakt hebben van een wijzigingsbeslissing; dat in het selectiedossier reeds ab initio werd aangegeven dat het deel “Marine Builders” deel zou uitmaken van perceel A, behoudens indien uitdrukkelijk zou worden besloten om dit, via perceel D, aan dit perceel te onttrekken; dat er geen dusdanige beslissing werd genomen; dat het verzoek derhalve alleen al om die reden als niet-ontvankelijk moet worden verworpen; dat de verwerende partij verder wenst te benadrukken dat de verzoekende partij onbewust dan wel opzettelijk met de bedoeling haar middelen enig gewicht te geven, verwarring creëert over de verschillende stukken van het administratief dossier; dat de verwerende partij een tweede exceptie opwerpt betreffende de toepassing van artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken,

leveringen en diensten; dat ze in casu aanvoert dat in de mate waarin aangenomen moet worden dat het verzoekschrift de beslissing van 22 juni 2007 viseert die de Bestekken voor percelen A, B, C en E vaststelt en de opdracht die het voorwerp uitmaakt van de percelen D, F, G en H voorlopig opschort, dit geen beslissing is bedoeld in artikel 21 bis van de wet van 24 december 1993; dat artikel 21bis van voormelde wet van 24 december 1993 immers alleen de beslissing tot (niet)selectie van kandidaten, tot het (on)regelmatig verklaren van een offerte, of een beslissing om de opdracht niet aan de inschrijver te gunnen betreft; dat de verwerende partij daaraan toevoegt dat alleen voor deze beslissingen artikel 21bis een informatieplicht voorziet en dat alleen voor deze beslissingen er een verplichting is tot het toekennen van een termijn van minstens tien dagen om eventueel beroep in te stellen bij de justitiële rechter of de Raad van State via een uiterst dringende rechtspleging; dat ook het “gunstregime” dat betreffend artikel zou creëren waarbij beroep kan worden gedaan op een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zonder het moeilijk te herstellen ernstig nadeel en de uiterst dringende noodzakelijkheid aan te tonen enkel voormelde beslissingen betreft; dat de verwerende partij van oordeel is dat de verzoekende partij zich bijgevolg onterecht beroept op de toepassing van het artikel 21bis van voormelde wet van 24 december 1993; dat de verwerende partij tot slot nog een derde exceptie aanvoert die betrekking heeft op het belang; dat de verwerende partij in casu betoogt dat voor zover de verzoekende partij zich met haar verzoekschrift richt tot de opschorting van perceel D, ze geen actueel belang aantoont; dat in tegenstelling tot wat de verzoekende partij lijkt voor te houden perceel D immers geenszins “opgeheven”, maar slechts voorlopig “opgeschort” is; dat het hier bijgevolg niet gaat om een definitieve, maar slechts om een voorlopige beslissing; dat het nadeel zich dan ook niet concreet heeft gemanifesteerd; dat de verwerende partij tot slot opmerkt dat de verzoekende partij zelf erkent dat dit nadeel zich ten vroegste op het ogenblik dat tot de gunning van perceel A (voor wat betreft het luik Marine Builders en financiële gevolgschade) wordt besloten, zou realiseren; dat dienvolgens de verwerende partij de mening is toegedaan dat de verzoekende partij bijgevolg haar vereiste belang niet aantoont;

Overwegende dat er vooralsnog geen noodzaak bestaat om de voorliggende excepties te onderzoeken; dat een onderzoek van betreffende excepties zich slechts zou opdringen indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is;

De grondvoorwaarden voor de schorsing

Krachtens 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.

Overwegende, wat de tweede in het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft, dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending aanvoert van artikel 18, tweede lid, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van het rechtsbeginsel *patere legem quam ipse fecisti* en van het beginsel van de mededinging en van het gelijkheidsbeginsel;

Overwegende dat de verzoekende partij vooreerst opmerkt dat artikel 18, tweede lid van voormelde wet van 24 december 1993 stelt dat wanneer de opdracht verschillende percelen betreft, de aanbestedende overheid het recht heeft er slechts enkele toe te wijzen en eventueel te besluiten de andere op te nemen in één of meer nieuwe opdrachten die desnoods op een andere wijze zullen worden gegund, op voorwaarde dat zij zich dit recht uitdrukkelijk heeft voorbehouden in het bestek of de als dusdanig geldende stukken; dat ze vervolgens betoogt dat het beginsel van de mededinging en het gelijkheidsbeginsel essentiële beginselen zijn in het kader van de wetgeving overheidsopdrachten; dat hoewel de toepassing van de onderhandelingsprocedure aan aanbestedende overheden een ruime discretionaire bevoegdheid verleent, deze bevoegdheid evenwel begrensd is door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dat ook in het kader van een onderhandelingsprocedure een aanbestedende overheid de beginselen van de mededinging en de gelijke behandeling dient in acht te nemen; dat ze in casu verwijst naar het arrest van 24 november 2005 (C-331/04) van het Hof van Justitie, waarin het Hof, in de lijn van de reeds gevestigde rechtspraak, uitdrukkelijk het belang van het beginsel van gelijke behandeling en transparantie voor de toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten heeft benadrukt;

Overwegende dat de verzoekende partij ter toelichting van haar eerste middel in essentie betoogt dat de bestreden beslissing tot gevolg heeft dat perceel D, zoals omschreven in het Bestek, ondergebracht wordt in perceel A lopende de gunningsprocedure; dat door deze beslissing haar het recht wordt ontzegd om perceel D, waarvoor ze een kandidatuurstelling heeft ingediend, te bekomen, meer nog, om er een offerte voor in te dienen; dat op geen enkele wijze in het Bestek is voorzien dat het aan de verwerende partij toegelaten is om in de loop van de procedure een in het Bestek gedefinieerd perceel, zoals in casu perceel D, te integreren in een ander perceel, in casu perceel A; dat er in het Bestek enkel is bepaald dat de opdrachtgever, in casu de verwerende partij, zich het recht voorbehoudt om in het kader van de BAFO-fase wel te voorzien in de mogelijkheid van samenvoeging van percelen; dat de bestreden beslissing nu precies de samenvoeging van percelen voorafgaand aan deze fase impliceert; dat de verzoekende partij vervolgens opwerpt dat als gevolg van de bestreden beslissing de verwerende partij een essentiële bepaling van het Bestek wijzigt doordat zij de omvang van de te begeven percelen op ingrijpende wijze aanpast; dat, nu ze voor perceel A niet werd geselecteerd, ze dan ook op definitieve wijze wordt uitgesloten voor het bekomen van perceel D en dit als gevolg van de eenzijdige wijziging door de verwerende partij van het voorwerp van de opdracht in de loop van de gunningsprocedure; dat een dergelijke handelwijze in strijd is met het principe inzake transparantie en gelijkheid;

Overwegende dat de verwerende partij vooreerst opmerkt dat zij de optie wenste te hebben om het maritieme gedeelte van de globale verzekering van perceel A af te zonderen naar perceel D; dat dit blijkt uit de aankondiging en het selectiedossier; dat het toen voor de verzoekende partij duidelijk had moeten zijn dat het niet uitgesloten was dat de verwerende partij eventueel zou overgaan tot het afzonderen van het mariene luik van de verzekering in een geïndividualiseerd perceel D; dat de bekritiseerde mogelijkheid voor BAM om niet te kiezen de “Mariene verzekering” als een afzonderlijk perceel D te gunnen maar dit onder perceel A te gunnen, de verzoekende partij derhalve bekend is van voor haar kandidaatstelling; dat als met de bestreden beslissing het beweerde nadeel zich al dringend zou manifesteren, de verzoekende partij dat geheel aan haar eigen houding heeft te danken, nu ze het risico heeft geaccepteerd dat het basisperceel A het voorwerp zou uitmaken van een gunningsprocedure, zonder dat voor de optie van perceel D werd gekozen; dat het risico op het dringend worden van het nadeel reeds tevoren is geaccepteerd en niet rechtstreeks en alleen voortvloeit uit de bestreden

beslissing, maar in wezen uit de betrokken mogelijkheid geboden door het selectiedossier; dat in die zin het middel onontvankelijk is;

Overwegende dat de verwerende partij voorts herhaalt dat ab initio het gunnen van het perceel D een optie was die BAM openhield, maar waartoe ze zich niet verbond; dat perceel A en perceel D voor wat betreft de verzekering materiële schade voor mariene activiteiten elkaar overlappen en zij dus de mogelijkheid had slechts bij één perceel dit risico te laten verzekeren; dat zij nu opteert om wat het luik “Marine Builders Risk” betreft, dit niet uit perceel A te lichten en wat het luik “Marine Liability” betreft, dit te laten verzekeren door de aannemer verantwoordelijk voor de realisatie van de (tunnel)werken; dat de beslissing van 22 juni 2007 geenszins strekt tot het samenvoegen van twee afzonderlijke percelen; dat het daarentegen gaat om een beslissing waarbij de aanbestedende overheid er voorlopig voor kiest om het luik “Marine Builders Risk” (met daaraan gelieerd de financiële gevolgschade) niet af te splitsen in een afzonderlijk perceel D; dat ten gevolge van deze beslissing, dit luik, zoals ab initio voorzien in het selectiedossier, onder perceel A blijft vallen en dat voor het luik “Marine Liability” er voorlopig voor wordt gekozen dit verplicht te laten verzekeren door de aannemer voor de bouw van de Oosterweelverbinding; dat de verwerende partij hieraan toevoegt dat in de aankondiging immers al duidelijk werd gesteld dat de opdrachtgever zich het recht voorhoudt om sommige percelen wel en andere percelen niet toe te wijzen, hetzij de percelen aan de verschillende inschrijvers toe te wijzen; dat bijgevolg de kritiek van de verzoekende partij niet wordt gedragen door de feiten; dat de verwerende partij vervolgens opmerkt dat de verzoekende partij niet aantoont dat de “bestreden beslissing” een essentiële bepaling van het Bestek wijzigt; dat er ook geen sprake is van een enige wijziging van het Bestek; dat er nooit een Bestek voor het perceel D is goedgekeurd; dat er ook geen afwijking is van het selectiedossier dat reeds voorzag in het optioneel karakter van perceel D;

Overwegende dat ter zitting de raadslieden van de verzoekende partij toegeven dat ze bij de redactie van hun beroepsschrift geen kennis hadden van het selectiedossier in de versie 22 maart 2007, niettegenstaande uit het administratief dossier blijkt dat de verzoekende partij zelf deze versie op 23 en 26 maart 2007 heeft ontvangen; dat de verzoekende partij deze ontvangst op generlei wijze betwist; dat de offerte, die dagtekent van 3 april 2007, trouwens lijkt te verwijzen naar de gepubliceerde aanpassingen; dat de verzoekende partij evenmin betwist dat de verwerende partij dit selectiedossier kon wijzigen; dat in de aangepaste versie van

het selectiedossier van 22 maart 2007 de bijzondere verhouding tussen percelen A en D duidelijker wordt omschreven en prima facie de stelling van de verwerende partij dat perceel A en perceel D wat maritieme werken betreft elkaar overlappen, niet onjuist lijkt; dat waar de verzoekende partij in haar middel aanvoert dat de door haar bestreden beslissing artikel 18 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, het rechtsbeginsel patere legem quam ipse fecisti, het beginsel van de mededinging en het gelijkheidsbeginsel zou overtreden hebben onder meer door de “besteksbepalingen” te wijzigen, de vaststelling volstaat dat het selectiedossier versie 22 maart 2007 de handelwijze van de verwerende partij lijkt toe te staan en dat het middel zoals geformuleerd in het beroepsschrift niet aanvoert dat de bepalingen in dit selectiedossier die de bijzondere verhouding tussen percelen A en D regelen, strijden met artikel 18 voornoemd en voornoemde beginselen; dat in de mate dat ter zitting de verzoekende partij zou aanvoeren dat dit selectiedossier zou strijden met voornoemd artikel en beginselen een nieuw middel lijkt aangebracht dat slechts ontvankelijk in het beroepsschrift had kunnen geformuleerd worden; dat om die reden het in het verzoekschrift geformuleerd middel niet ernstig en deels onontvankelijk is;

Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel de schending aanvoert van artikel 17, §3, van de voormelde wet van 24 december 1993;

Overwegende dat de verzoekende partij in casu in essentie aanvoert dat de toepassing van de onderhandelingsprocedure noch in de aankondiging, noch in het selectiedossier wordt gemotiveerd; dat dit nochtans een essentiële vereiste is die de openbare orde raakt zoals aangegeven in het arrest nr. 163.472 van 11 oktober 2006, waarin de Raad van State heeft overwogen dat de onderhandelingsprocedure een uitzonderingsprocedure blijft die enkel in uitzonderlijke gevallen kan worden toegepast, wat inhoudt dat er sprake dient te zijn van een motivering die op een afdoende en draagkrachtige wijze de toepassing van deze procedure rechtvaardigt; dat in het kader van de schorsingsprocedure voor de Raad van State gekend onder nummer G/A. 184.173/XII-5143 de verwerende partij de beslissing van 19 januari 2007 van haar raad van bestuur, die verwijst naar een nota van het management comité, heeft aangehaald om de keuze voor de onderhandelingsprocedure te verantwoorden; dat deze keuze was gemotiveerd door de specificaties van de opdracht die niet met voldoende nauwkeurigheid zijn te bepalen om de toewijzing toe te laten volgens de procedure van aanbesteding of

offerte-aanvraag en door de structurering van het gehele verzekeringspakket met diverse percelen en met hoofd- en medeverzekeraars die de toepassing van de onderhandelingsprocedure vereisen; dat de verzoekende partij beklemtoont dat het doel van de onderhandelingen, zoals in het Bestek omschreven, evenwel helemaal geen steun vindt in de motivering zoals die door de verwerende partij is naar voor gebracht en dit met name in de nota van het management comité; dat op basis van het uittreksel uit het Bestek, de onderhandelingen beogen, waar mogelijk de prijs/kwaliteitsverhouding te optimaliseren en de draagwijdte van de door de inschrijvers op basis van het Bestek aangegane verbintenissen en de ter zake geboden waarborgen en sanctiemechanismen te preciseren; dat op basis van deze in het Bestek opgenomen bepaling de onderhandelingen helemaal niet tot doel hebben om de overeenkomsten betreffende het Oosterweelproject zogenaamd op elkaar af te stemmen; dat de optimalisering door financiële en juridische complexiteit geen motief is om de toepassing van de onderhandelingsprocedure te verantwoorden; dat de verzoekende partij tot slot hieraan toevoegt dat ze belang heeft bij het middel in de mate dat de concurrentiegerichtte dialoog die de Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 invoerde, een betere rechtsbescherming biedt dan de onderhandelingsprocedure die gevolgd werd;

Overwegende dat de verwerende partij vooreerst opmerkt dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel; dat ze in casu in essentie betoogt dat de verzoekende partij niet aantoont in welke mate het volgen van een andere gunningsprocedure de ruime omschrijving van perceel A zou beletten; dat de verzoekende partij niet aantoont waarom BAM in het kader van een aanbesteding of een procedure van de offerteaanvraag niet evenzeer de grenzen van perceel zou kunnen vastleggen zoals thans omschreven; dat ook in die gevallen het nadeel waarop de verzoekende partij zich te dezen beroept zich derhalve had gerealiseerd; dat de kandidaatstelling van de verzoekende partij voor perceel A immers al eerder, bij beslissing van 25 mei 2007, en in toepassing van de voorgeschreven selectiecriteria, niet werd aanvaard wegens gebrek aan voldoende onderschrijvingscapaciteit; dat de verwerende partij voorts verwijst naar het tussenarrest nr. 173.471 van 12 juli 2007 dat een soortgelijk middel verwierp;

Overwegende dat de verwerende partij ten gronde opmerkt dat artikel 17, § 3, 4/, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten toestaat om een overheidsopdracht voor aanneming van

diensten te gunnen bij onderhandelingsprocedure met bekendmaking indien de aard van de dienst zodanig is dat de specificaties van de opdracht niet kunnen bepaald worden met voldoende nauwkeurigheid om de toewijzing toe te laten volgens de procedure van aanbesteding of offerteaanvraag; dat de verwerende partij in casu verwijst naar de beslissing van 19 januari 2007 van haar raad van bestuur en de nota van het management comité; dat de in artikel 17, §3, 4/, van voormelde wet van 24 december 1993 bedoelde onbepaalbaarheid van de specificaties in casu het gevolg is van de omstandigheid dat deze verzekeringsopdracht, uit haar aard zelf, verbonden is met de realisatie van het Project Oosterweelverbinding en de financiering ervan; dat de precieze voorwaarden, timing en risico's van de realisatie van en financiering voor het project het voorwerp en de omvang van de verzekeringsopdracht zullen bepalen; dat voormelde voorwaarden echter pas bij de uitkomst van de lopende onderhandelingsprocedure Oosterweelverbinding en Financiering precies kunnen worden afgelijnd; dat bovendien ook de structuur van de opdracht, met name het feit dat beroep moet worden gedaan op een leidende verzekeraar én een medeverzekeraar, onderhandelingen noodzakelijk maakt; dat juist omdat de specificaties van de opdracht niet met voldoende nauwkeurigheid kunnen bepaald worden (meer in het bijzonder ten gevolge van de noodzakelijke structurering met diverse percelen en met hoofd- en medeverzekeraars en de noodzaak om de verzekeringscontracten af te stemmen op de contracten gesloten naar aanleiding van de andere procedures), is het nodig om te onderhandelen over de draagwijdte van de verbintenissen en de terzake geboden waarborgen en sanctiemechanismen; dat de verwerende partij er vervolgens op wijst dat de verzoekende partij dan ook niet aantoonst dat de onderhandelingsprocedure uitsluitend verantwoord zou zijn op basis van een mogelijke financiële en juridische complexiteit; dat in casu de keuze voor de onderhandelingsprocedure wel degelijk is gesteund op de vaststelling dat a priori de aard en de omvang van de uit te voeren werken niet met voldoende nauwkeurigheid kan bepaald worden; dat de verwerende partij er tenslotte op wijst dat de verzoekende partij wel bijzonder ontijdig reageert indien ze zich in het kader van deze procedure wel beroept op een vermeende onvoldoende draagkracht van de aangevoerde motieven; dat de verzoekende partij steeds de mogelijkheid had om de beslissing van BAM om een onderhandelingsprocedure uit te schrijven, op te vragen; dat de verwerende partij van oordeel is vermits de verzoekende partij dit niet heeft gedaan, maar daarentegen heeft deelgenomen aan deze procedure, ze niet goed geplaatst is om in deze fase en zeker in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid de door BAM

opgegeven motieven voor het beroep op de onderhandelingsprocedure te bekritisieren;

Overwegende dat in de vorige schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, waarbij de verzoekende partij een vordering had ingesteld tegen “de beslissing van onbekende datum van de Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel, NV van publiek recht, tot niet selectie van verzoekende partij voor de opdracht van verzekeringen realisatie project Oosterweelverbinding (BAM 2007/01) -percelen A en B (leidende verzekeraar)”, de Raad van State in het tussenarrest nr. 173.471 van 12 juli 2007 een soortelijk middel verwierp op grond van volgende overwegingen:

“In het tweede middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 17, §3, van de voormelde wet van 24 december 1993, nu ‘de toepassing van de onderhandelingsprocedure noch in de aankondiging, noch in het selectiedossier wordt gemotiveerd’.

Uit de finaliteit van het voormelde artikel 17 en het principe dat ook de Raad van State niet vrijelijk de grenzen van de rechtsstrijd mag vaststellen, vloeit voort dat middelen die niet kunnen bijdragen tot het beoogde voordeel dat een verzoekende partij beoogt, of anders gezegd het door die partijen geschetste nadeel niet kunnen weren - of het zelfs vergroten - niet moeten worden onderzocht.

Te dezen betoogt verzoekende partij in het middel dat ten onrechte een beroep is gedaan op de onderhandelingsprocedure. Het ernstig en later gegrond bevinden van dit middel zou echter de tot hiertoe doorlopen gunningsprocedure tenietdoen zodat het voordeel dat verzoekende partij met de huidige vordering beoogt - om uiteindelijk de in het geding zijnde opdracht toegewezen te krijgen en daartoe eerst de beslissing tot niet-selectie ongedaan te maken - voor allicht een hele periode buiten het bereik van verzoekende partij komt. In het licht van het concrete voorwerp van de vordering en het aangevoerde nadeel is het middel dienvolgens niet dienstig.”;

Overwegende dat er in casu wel uitdrukkelijk een beslissing is genomen om de onderhandelingsprocedure toe te passen; dat de motieven zich lijken in te passen in de mogelijkheid van artikel 17, § 3, 4/, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; dat het evident lijkt dat specificaties van de opdracht slechts zullen kunnen bepaald worden als men zicht heeft op de achterliggende opdracht van het project Oosterweelverbinding zelf, wat de financiële en/of juridische complexiteit overstijgt; dat de verwijzing naar het arrest S.A. AXA BELGIUM, nr. 163.472 van 11 oktober 2006 niet helemaal opgaat nu in de zaak van dit arrest er helemaal geen beslissing voorhanden leek om de

onderhandelingsprocedure als gunningswijze te hanteren; dat de mogelijkheid dat de onderhandelingsprocedure zou vervangen kunnen worden door de procedure van de concurrentiegerichtte dialoog niets afdoet aan de overwegingen van voormeld tussenarrest; dat dienvolgens in casu het tweede middel evenmin dienstig kan worden ingeroepen;

Overwegende dat aldus niet is voldaan aan de tweede van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden; dat die vaststelling volstaat om tot de verwerping van de vordering te leiden,

**OM DIE REDENEN
BESLUIT DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
eenendertig juli 2007, door :

Mevr. CH. BAMPS,

wnd. kamervoorzitter,

staatsraad,

de H. F. BONTINCK,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

CH. BAMPS.