

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 216.963 van 20 december 2011

in de zaak A. 202.473/XII-6761

In zake: de NV BAECK & JANSEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick De Maeyer en Tangui Vandenput
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het GEMEENTELIJK HAVENBEDRIJF ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV VICTOR BUYCK STEEL CONSTRUCTION
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jean-Pierre Van Cutsem en Patrick. Marnef
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 137/1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 17 november 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen van 24 oktober 2011 betreffende de gunning van de overheidsopdracht inzake de werken met betrekking tot het ‘Vervangen van de balansconstructie van de Kruisschansbrug en schilderen

van de volledige brug' vervat in bestek B 9755, die wordt toegewezen aan de firma Victor Buyck Steel Construction nv".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 1 december 2011 heeft de nv Victor Buyck Steel Construction gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 december 2011, om 10 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Patrick De Maeyer, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Leopold Schellekens en Sebastien Devos, die loco advocaat David D'Hooghe verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Patrick Marnef, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen schrijft een overheidsopdracht voor aanneming van werken uit voor het vervangen van de balansconstructie van de Kruisschansbrug en het schilderen van de volledige brug. De opdracht wordt gekwalificeerd als een opdracht in de nutssectoren en wordt gegund bij wege van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 2.188.284 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie op 14 september 2010 en het Bulletin der Aanbestedingen van 16 september 2010.

3.3. Op 8 oktober 2010 worden 7 kandidaturen ontvangen.

3.4. Vervolgens beslist de raad van bestuur van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen op 7 juni 2011 om vijf van de zeven kandidaten te selecteren. De geselecteerde kandidaten worden bij brief van 14 juni 2011 uitgenodigd om een offerte in te dienen. Tevens wordt hen een kopie overgemaakt van het bijzonder bestek nr. 9755.

3.5. Slechts twee geselecteerde kandidaten dienen een offerte in, namelijk nv Baeck & Jansen en nv Victor Buyck Steel Construction (hierna: nv Victor Buyck).

3.6. Vervolgens vinden onderhandelingen plaats met beide inschrijvers.

3.7. Bij brieven van 15 september en 16 september 2011 bezorgen de twee inschrijvers hun BAFO offertes aan het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen.

3.8. In het gunningsverslag worden beide offertes regelmatig beschouwd en vervolgens getoetst aan de gunningscriteria, wat leidt tot de volgende samenvattende puntentabel:

Rang	Inschrijver	EUR excl. BTW	De prijs op 50	Werkplan op 20	Productie-beheersing op 15	Plan-ning op (5)	Tech-nische gegevens 3D-meting op 5	Tech-nische gegevens op 5	Totale score op 100
1	Victor Buyck Steel Construction nv	2.626.429,00	50,00	18,50	15,00	4,50	4,50	4,50	97,00
2	Baecken Jansen nv	2.702.178,03	48,60	16,00	13,00	4,00	4,00	4,50	90,10

Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan de nv Victor Buyck.

3.9. In de beslissing van het Directiecomité van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen van 24 oktober 2011 worden eerst de juridische antecedenten van de opdracht als volgt toegelicht:

“Op 22 februari 2010 werd door de Rechtbank van Eerste Aanleg een vonnis uitgesproken waarbij een nieuw college van deskundigen werd aangesteld bestaande uit ir. R. Thomas, prof. Ir. G. De Roeck en prof. Ir. H.H.B. Snijder.

Dit college heeft een voorlopig verslag neergelegd dd. 24.05.2011 in de procedure m.b.t. vastgestelde gebreken in de Kruisschansbrug, van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen tegen respectievelijk Victor Buyck Steel Construction nv en studiebureau Constructor nv [...].

In de voorlopige besluiten omtrent de verantwoordelijkheid worden de scheurvorming in de schoren en in de flens van de balansarm en de schade aan de mortelondervulling toegewezen aan een tekortkoming in het ontwerp. Wat betreft de corrosieschade aan het conserveringssysteem is de schade een gevolg van een tekortkoming in de uitvoering en van achterstallig onderhoud. Deze schade werd geregeld middels een dading afgesloten tussen nv V. Buyck en het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen. Van andere kleine gebreken kon de oorzaak niet worden achterhaald en kon geen verantwoordelijkheid worden vastgelegd.

De financiële schade zal worden behandeld in een 2e deel van het verslag.

Zoals vroeger meegedeeld heeft het havenbedrijf zelf het initiatief genomen om een studie op te dragen, gelet op de betwistbare visie van het college dat het niet behoorde tot de door de Rechtbank gegeven opdracht, om hierover een gedetailleerd advies te geven.

Door het college werd van de studie kennis genomen en het heeft ingestemd met het principe om de balansarm bestaande uit een schoorconstructie te wijzigen in een vollewandligger.

Aansluitend werd het bestek opgemaakt om aan te besteden via een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

Gelet op het vonnis van 16.09.2011 waarna het havenbedrijf overgegaan is tot de storting van een voorschot van 203.443,63 is er voor het college geen beletsel meer het advies te geven over de herstellwijze, de kostprijs en de duur. Zonder twijfel zal gesteund worden op de marktprijs die naar aanleiding van de onderhandelingsprocedure op basis van bestek B 9755 werd bekomen en waarvan de gunning hier voorligt.”

Vervolgens beslist het Directiecomité om de opdracht te gunnen aan de nv Victor Buyck voor een bedrag van 2.626.429 euro, btw niet inbegrepen.

Daarnaast geeft het Directiecomité onder meer opdracht om volgens de “overeenkomst [betreffende] verschillende werken aan de Kruisschansbrug gelegen aan de Scheldelaan in de haven van Antwerpen” het besluit met betrekking tot de gunning met bijlagen over te maken aan het Vlaamse Gewest – Maritieme Toegang en om de gunningbeslissing slechts aan de aannemer mee te delen na principiële goedkeuring door het Vlaams Gewest van de beslissing van het Directiecomité om de opdracht aan nv Victor Buyck te gunnen.

Inzake de financiële gevolgen van deze beslissing wordt het volgende vermeld:

“Overeenkomstig de afspraken tussen het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen en het Vlaams Gewest, zoals vastgelegd in de ondertekende overeenkomst in bijlage 8, zijn enerzijds de kosten voor de vervanging van de balansconstructie ten laste van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen en de grote onderhoudswerken ten laste van het Vlaamse Gewest.

Op basis van de inschrijving is het aandeel van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen te ramen op 1.566.060,00 EUR excl. BTW (1.899.132,60 incl. BTW) en het aandeel ten laste van het Vlaams Gewest geraamd op 1.060.369,25 EUR (excl. BTW of (1.283.046,79 incl. BTW) zie bijlage 6.

De kosten ten laste van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen worden teruggevorderd, geheel of voor een deel, afhankelijk van de schaderegeling in het kader van de juridische procedure.”

Bij de bestreden beslissing zijn volgende bijlagen gevoegd:

- Bijlage 1: inschrijvingen;
- Bijlage 2: beoordeling en score;
- Bijlage 3: werkplan;
- Bijlage 4: bij te voegen bescheiden;
- Bijlage 5: onderhandelingsverslag;
- Bijlage 6: kostenverdeling;
- Bijlage 7: verbeterde inschrijvingen;
- Bijlage 8: overeenkomst;
- Bijlage 9: gunningverslag.

De bijlagen 1 tot en met 8 worden als vertrouwelijk aangemerkt, volgens verwerende partij omdat zij bedrijfsgevoelige informatie bevatten. Het gunningverslag zelf, dat bijlage 9 vormt, is daarentegen wel openbaar.

3.10. Met een aangetekend schrijven van 3 november 2011 wordt de beslissing van het Directiecomité van 24 oktober 2011 aan verzoekende partij ter kennis gebracht. Als bijlage wordt tevens een kopie gevoegd van het gunningsverslag.

3.11. Ook nv Victor Buyck wordt met een aangetekend schrijven van 3 november 2011 op de hoogte gebracht van de bestreden beslissing. In dit schrijven wordt meegedeeld dat de kennisgeving van informatieve aard is en geen contractuele verbintenis doet ontstaan.

IV. Tussenkost

4. De verzoekende partij in tussenkost blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5.1. Het blijkt dat het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen en het Vlaamse Gewest er in de betrokken aangelegenheid voor hebben geopteerd, met toepassing van artikel 19 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de gezamenlijke uitvoering van werken voor rekening van verschillende aanbestedende overheden samen te voegen tot één enkele opdracht en dat zij het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen hebben aangewezen als de overheid die in hun gezamenlijke naam bij de gunning en de uitvoering van de opdracht zal optreden.

De bestreden beslissing van 24 oktober 2011 werd genomen door het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen.

5.2. Niettemin zouden op het eerste gezicht vragen kunnen rijzen bij de ontvankelijkheid *ratione materiae* van het beroep, en meer bepaald of de bestreden beslissing wel als een definitieve beslissing met rechtsgevolgen kan worden gekwalificeerd.

5.3. Vastgesteld dient immers te worden dat het directiecomité van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen in zijn beslissing van 24 oktober 2011 uitdrukkelijk opdracht geeft om volgens de “overeenkomst [betreffende] verschillende werken aan de Kruisschansbrug gelegen aan de Scheldelaan in de haven van Antwerpen” het besluit met betrekking tot de gunning met bijlagen over te maken aan het Vlaamse Gewest – Maritieme Toegang en om de gunningsbeslissing slechts aan de aannemer mee te delen “na principiële goedkeuring” door het Vlaamse Gewest van de beslissing van het directiecomité om de opdracht aan de nv Victor Buyck te gunnen.

Deze overeenkomst tussen verwerende partij en het Vlaamse Gewest bepaalt in zijn artikel 5 enerzijds dat het Havenbedrijf als aanbestedende overheid instaat voor de opening van de inschrijvingen, de opmaak van het gunningverslag en de toewijzing van de opdracht. Hierbij dient wel rekening

gehouden te worden met het feit dat de aanneming één ondeelbaar geheel uitmaakt en dat het Gewest deel uitmaakt van de beoordelingscommissie. Anderzijds wordt in hetzelfde artikel bepaald dat het Havenbedrijf de kennisgeving van de goedkeuring van de gezamenlijke werken slechts zal betekenen nadat het Gewest heeft ingestemd met het gunningsvoorstel en op ondubbelzinnige wijze een verklaring heeft afgelegd dat het akkoord gaat met het gedeelte van de werken te zijnen laste en nadat het voor de betaling ervan de nodige middelen heeft voorzien. Desnoods dient het Havenbedrijf de aannemers om een verlening van de gestanddoeningstermijn van de inschrijvingen te vragen in afwachting van het akkoord van het Gewest.

5.4. Overeenkomstig de rechtspraak van de Raad van State kunnen aan goedkeuring onderworpen beslissingen in principe normaal slechts worden aangevochten na de goedkeuring ervan. Het beroep wordt wel ontvankelijk wanneer de goedkeuring in de loop van het geding wordt verleend.

5.5. Ter terechtzitting kan de raadsman van de verwerende partij niet bevestigen of de betrokken goedkeuring reeds is verleend.

5.6. Op het eerste gezicht lijkt het echter verdedigbaar om het beroep in de huidige stand van het geding alsnog toch ontvankelijk te verklaren.

In de bestreden beslissing van 24 oktober 2011 gunt het Directiecomité immers de opdracht aan de nv Victor Buyck zonder enig voorbehoud. Aldus lijkt het dat niet de gunningsbeslissing zelf, maar enkel de betekening van die gunningsbeslissing aan de gekozen inschrijver te zijn die onderworpen wordt aan de voorafgaande goedkeuring door het Vlaamse Gewest.

Voorts lijkt het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen er in elk geval van overtuigd te zijn dat het reeds een uitvoerbare gunningbeslissing heeft genomen, aangezien het overeenkomstig en verwijzende naar artikel 65/8 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, reeds een kennisgeving heeft gedaan van de gunningsbeslissing aan verzoekende partij, welke kennisgeving voor verzoekende partij, overeenkomstig artikel 65/23 van de

voormelde wet, een termijn van 15 dagen deed ingaan om een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid tegen de gunningsbeslissing in te stellen. Bovendien wordt de ontvankelijkheid van het beroep door het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen niet betwist.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. Evenwel is te dezen 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 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing 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 eveneens voor opdrachten die de Europese drempels 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.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7.1. Het eerste middel is genomen uit de schending van “het gelijkheidsbeginsel, zoals opgenomen in artikel 10 en 11 van de grondwet”, uit de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel wegens het manifest gebrek aan de wettelijk vereiste objectiviteit bij de beoordeling van de offertes, evenals uit willekeur en machtsoverschrijding.

7.2. In een eerste onderdeel voert verzoekende partij in essentie aan dat de in het geding zijnde opdracht werd gegund zonder dat verzoekende partij kon beschikken over preferente informatie waarover de gekozen inschrijver klaarblijkelijk wel kon beschikken als gevolg van een expertise in een procedure tegen de aanbestedende overheid. Verzoekende partij zou voor het eerst in de bestreden beslissing vernomen hebben van de scheurvorming in de brugconstructie en van de corrosie ingevolge slecht onderhoud.

De gerechtelijke expertise heeft de gekozen inschrijver volgens verzoekende partij preferente informatie opgeleverd niet alleen met betrekking tot de nieuwe constructie, maar ook met betrekking tot de omvang van de straal- en schilderwerken die nodig zijn om het conserveringsstelsel te herstellen.

Zij wijst erop dat voor wat de uit te voeren schilderwerken betreft het bestek op bladzijde 25 bepaalt dat de aannemer wordt geacht met kennis van zaken zijn bieding op te maken en hij de nodige metingen (inclusief verfdikte metingen) ter plaatse dient te doen voor aanbesteding, doch dat niet wordt bepaald dat de brug ten behoeve van dergelijke metingen en controles buiten gebruik zou worden gesteld.

Samengevat geeft zij de bestaande ongelijkheden in de behandeling tussen haar en de gekozen inschrijver als volgt weer:

- ofwel dient verzoekende partij manifest hogere uitgaven te doen om metingen en controles aan de brug uit te voeren, teneinde een accurate offerte te kunnen indienen, welke uitgaven uiteraard de prijs verhogen van de ingediende offerte; de gekozen inschrijver beschikt reeds over die informatie als gevolg van het gevoerde deskundig onderzoek en dient bij het opstellen van zijn offerte geen rekening te houden met die meeruitgave in vergelijking tot verzoekende partij;
- ofwel doet verzoekende partij die meeruitgaven niet om bijkomende metingen en controles uit te voeren en beschikt zij in die hypothese niet over een accuraat beeld van de oppervlakte aan de brug die alleen dient te worden gewapperd, met als gevolg dat er bij de opgave van de prijs in de offerte rekening moet worden gehouden met het volledig zandstralen van de ondergrond waarop geschilderd moet worden en vervolgens met het volledig herschilderen van de volledig gezandstraalde brug; dit betekent een meerkost voor het volledig zandstralen en een meerkost voor het volledig herschilderen in vergelijking met de thans gekozen inschrijver die over informatie beschikt die toelaat bepaalde delen niet te zandstralen maar slechts te wapperen en die delen later minder te beschilderen (dus in minder verf te voorzien omdat de oude lagen nog meetellen om de vereiste dikte te behalen).

7.3. In een tweede onderdeel voert verzoekende partij aan dat uit de gemotiveerde beslissing blijkt dat er tussen de gekozen inschrijver en de aanbestedende overheid een dading werd gesloten omtrent de niet conforme uitvoering van de werken die thans opnieuw het voorwerp van de opdracht uitmaken en waarvoor de gekozen inschrijver blijkbaar verantwoordelijk wordt geacht, zodat hij met die zeker te betalen schadevergoeding rekening kan houden bij het bepalen van de prijs voor de betrokken opdracht.

Verzoekende partij merkt op dat de gekozen inschrijver waarschijnlijk vroeg of laat verantwoordelijk zal worden gesteld voor de geleden schade en dat hij alsdan zal veroordeeld worden tot vergoeding van deze schade, die door verwerende partij begroot wordt op 1.060.369,25 euro.

Hierdoor zou het louter binnenhalen van de opdracht door de gekozen inschrijver “reeds als winst te beschouwen zijn, omdat hij aldus de

opgegeven prijs reeds zal kunnen verrekenen met de schade die hij toch moet vergoeden”. Het verschuldigd saldo wordt dan het definitief geleden schade.

Beoordeling

8.1. Wat het eerste onderdeel betreft dient te worden vastgesteld dat de bewering van verzoekende partij dat zij pas naar aanleiding van de bestreden gunningsbeslissing kennis zou hebben genomen van de scheurvorming in de brugconstructie feitelijke grondslag lijkt te missen. In het bestek wordt bij de omschrijving van het voorwerp van de opdracht immers het volgende opgemerkt:

“In het verleden werd scheurvorming vastgesteld aan zowel de balansarmen als de schoren. Door plaatselijke noodherstellingen en intensieve inspecties wordt de brug in bedrijf gehouden en opgevolgd. Bijgaand plan geeft de plaats aan van de herstellingen waardoor de situatie niet volledig in overeenstemming is met de as-builtonnen (bestek 8191) van de Kruisschansbrug. Er werd een volledig nieuwe balansconstructie ontworpen door het studiebureau Feldmann + Weymand GmbH die verder assistentie zal verlenen aan het bestuur bij de uitvoering”.

Voorts lijkt geen regel of beginsel voorhanden die maakt dat wie reeds eerder een opdracht uitvoerde nooit zou mogen inschrijven voor een gelijkaardige of verwante opdracht bij het zelfde bestuur, zeker niet wanneer zoals te dezen blijkt het dossier plannen bij het bestek werden gevoegd zodat ook een verzoekende partij, wat deze punten betreft, met kennis van zaken een offerte kan indienen.

Op te merken valt dat de verzoekende partij in het eerste middel slechts op algemene wijze verwijst naar beweerde preferente informatie met betrekking tot de nieuwe constructie. Dienaangaande moet worden vastgesteld dat op het eerste gezicht alle informatie met betrekking tot de nieuwe constructie, die blijkbaar pas werd opgesteld door het door verwerende partij aangestelde studiebureau Feldmann + Weymand GmbH, toegevoegd te zijn aan het bestek zodat de geselecteerde kandidaten hiervan op gelijke wijze kennis konden nemen.

Wat de beweerde preferente informatie betreft over de scheurvorming, door verzoekende partij in het mondeling debat gebracht, dient te

worden vastgesteld dat dit een nieuw middel betreft, minstens dat verzoekende partij op dit punt een nieuwe grondslag geeft aan haar middel. Dergelijk nieuw middel wordt in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid in principe en te dezen niet aanvaard. Voorts valt te betwijfelen of verzoekende partij deze grief werkelijk niet reeds in haar verzoekschrift had kunnen opwerpen. Op grond van het bestek was zij op de hoogte van het feit dat er scheurvorming heeft plaatsgevonden en dat dienaangaande noodherstellingen en inspecties waren verricht en ook in de bestreden beslissing wordt naar deze scheurvorming verwezen. Nergens blijkt dat zij hierover bij verwerende partij nadere informatie heeft opgevraagd. Ten slotte dient ook te worden vastgesteld dat de opdracht niet het herstel van de scheurvorming tot voorwerp heeft, doch wel het vervangen van de integrale balansconstructie, welke informatie wel degelijk lijkt te zijn toegevoegd bij het bestek.

Verzoekende partij gaat in haar middelonderdeel overigens uitsluitend nader in op de beweerde preferente informatie met betrekking tot de omvang van de straal- en schilderwerken die nodig zijn om het conserveringsysteem te herstellen.

Dienaangaande valt eerst op te merken dat wat de schilderwerken betreft het bestek een onderscheid maakt tussen het schilderen van nieuw vervaardigde stalen delen en bestaande stalen delen. Enkel de bestaande stalen delen blijken in een beperkt aantal gevallen in aanmerking te komen voor de techniek van het licht aanstralen of wapperen.

Voorts bepaalt het bestek uitdrukkelijk dat de aannemer nauwkeurig de toestand ter plaatse dient te onderzoeken, dat hij wordt geacht met kennis van zaken zijn bieding op te maken en dat hij de nodige metingen (inbegrepen verfdikte metingen) ter plaatse dient te doen vóór de aanbesteding.

Uit het bestek blijkt tevens dat de brug met een inspectiewagen is uitgerust, zodat de bewering van verzoekende partij dat het voor het grootste deel van de brug voor haar als inschrijver onmogelijk was om de nodige metingen en controles uit te voeren, omdat de metingen en controles van alle metaalconstructies

onder het wegdek van op het water zouden moeten gebeuren door middel van een ponton voorzien van een stelling, niet lijkt te kunnen worden gevolgd.

Daarnaast blijkt dat het verslag in voorlezing van het college van deskundigen van 24 mei 2011 op het eerste gezicht geen informatie bevat aangaande de corrosieschade en de straal- en schilderwerken die nodig zijn om het conserveringsstelsel te herstellen, nu deze schade reeds het voorwerp uitmaakt van een dadingsovereenkomst die op 8 oktober 2010 tussen nv Victor Buyck en verwerende partij werd gesloten. Ten gevolge van deze dadingsovereenkomst werden de schilderwerken/corrosieschade uit de gerechtelijke expertise gelicht. Ook de dadingsovereenkomst zelf blijkt overigens geen concrete informatie inzake deze schade en het herstel ervan te bevatten.

Op dit punt mist het middelonderdeel dan ook feitelijke grondslag.

Daarnaast dient *prima facie* te worden vastgesteld dat in het voorverslag van het college van gerechtsdeskundigen van 30 januari 2008 slechts op zeer summiere wijze wordt ingegaan op de corrosieschade, de oorzaak ervan en de wijze van herstel. De schade wordt omschreven als “afbladerende toplaag van verf voor het staal bovenaan de brug en roestvorming van het staal onderaan de brug ter plaatse van verbindingen en randen van profielen”. Inzake de oorzaak wordt opgemerkt dat deze niet meer te achterhalen is, maar bij de uitvoering ligt en dat de corrosie verder gegaan is door achterstallig onderhoud. Als wijze van herstel wordt enkel opgemerkt dat de brug te stralen en te herschilderen is waar beschadigingen zich voordoen. Deze informatie lijkt niet van aard om de gekozen inschrijver te bevoordelen, nu verzoekende partij er in haar verzoekschrift zelf van uitgaat dat hiertoe gedetailleerde metingen omtrent de beschadigde oppervlakte, verfdikte, graad van hechting en dergelijke en verdere controles vereist zijn.

Op het eerste gezicht wordt evenwel niet aangetoond dat het voorverslag van het college van deskundigen van 30 januari 2008 dergelijke gedetailleerde metingen en controles zou bevatten. Overigens rijst de vraag of een inschrijver wat zijn prijsberekening betreft op nuttige wijze zou kunnen uitgaan van metingen van corrosieschade die dan minstens drie jaar oud zouden zijn.

Het eerste onderdeel van het eerste middel is dan ook niet ernstig.

8.2. Wat het tweede onderdeel betreft lijkt het uitgangspunt van verzoekende partij, dat de verantwoordelijkheid van nv Victor Buyck voor de corrosieschade in het kader van de vorige opdracht vroeg of laat zal worden vastgesteld en dat deze onderneming dan zal worden veroordeeld om de geleden schade te herstellen, ofwel in natura ofwel bij equivalent, feitelijke grondslag mist. Uit het administratief dossier blijkt immers dat het geschil met betrekking tot de schilderwerken en de corrosie geregeld werd met een dadingsovereenkomst afgesloten tussen verwerende partij en nv Victor Buyck op 8 oktober 2010.

Ook het standpunt van verzoekende partij dat de gekozen inschrijver een schadebedrag van om en bij het miljoen euro zou kunnen verrekenen in zijn offerte, lijkt geen bevestiging te vinden in het administratief dossier. Zoals verwerende partij *prima facie* terecht opmerkt wordt het bedrag van 1.060.369,25 euro waar verzoekende partij naar verwijst, slechts vernoemd in het kader van de kostenverdeling tussen verwerende partij en het Vlaamse Gewest op grond van de door de gekozen inschrijver opgegeven prijs. Dit bedrag lijkt dus slechts de grote onderhoudswerken (schilderwerken en onderhoud aan de mechanische onderdelen) die overeenkomstig het Havendecreet ten laste zijn van het Vlaamse Gewest te betreffen en niets te maken te hebben met de schade die met de dading tussen verwerende partij en de nv Victor Buyck werd geregeld. Ook tussenkomende partij wijst erop dat de schade ten haren laste eind jaren '90 slechts geraamd werd op 440.000 BEF.

Op het eerste gezicht valt voorts niet in te zien hoe verzoekende partij ongelijk zou zijn behandeld ten gevolge van het feit dat de gekozen inschrijver in het verleden blijkbaar inzake de corrosieschade reeds een bepaald bedrag zou hebben betaald aan verwerende partij. De gekozen inschrijver is er immers toe gehouden om alle in het bestek voorziene prestaties te verrichten. Verzoekende partij voert nergens aan dat de offerte van de gekozen inschrijver abnormale prijzen zou bevatten. Indien de gekozen inschrijver het in het kader van de dadingsovereenkomst betaalde bedrag zou wensen te recuperen, lijkt dit op het

eerste gezicht overigens veeleer aanleiding te zijn voor een hogere dan een lagere prijszetting in hoofde van de gekozen inschrijver. Dit zou mogelijks anders zijn indien verwerende partij ertoe gehouden zou zijn om aan de betrokken inschrijver een schadevergoeding te betalen maar dat lijkt te dezen niet het geval te zijn.

Wat betreft de bewering ter terechtzitting dat de gekozen inschrijver baat had bij een laag inschrijvingsbedrag in het kader van de in het geding zijnde opdracht, omdat, indien er een verdeling van de schade zou zijn afgesproken bij de dadingsovereenkomst gebaseerd op de inschrijvingsbedragen voor het herstel van de corrosieschade van de nieuwe opdracht, de gekozen inschrijver aldus ook een lager bedrag zou moeten betalen in het kader van de dadingsovereenkomst, dient te worden vastgesteld dat terzake de timing niet correct lijkt. De dading werd immers gesloten en het te betalen bedrag bepaald op een ogenblik dat verwerende partij nog geen kennis had van de geboden prijzen in het kader van de nieuwe opdracht.

Ook het tweede onderdeel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

9. Het tweede middel is genomen uit de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, uit de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht, de kennelijke beoordelingsvergissing, zowel in rechte als in feite, uit het verbod van willekeur en uit machtsoverschrijding.

Uit de historiek van de bestreden beslissing blijkt volgens verzoekende partij dat de verwerende partij de ingediende offertes onzorgvuldig, foutief en/of willekeurig heeft beoordeeld, met als gevolg dat de beslissing niet wordt geschraagd door motieven die in rechte pertinent, juist en aanvaardbaar zijn en dienvolgens evenmin een afdoende motivering in de beslissing zelf kan worden teruggevonden.

Uit de bestreden beslissing blijkt volgens haar totaal niet welke waarde juist aan de betrokken offertes kan worden toegedicht, waardoor evenmin een afdoende motivering in de beslissing zelf kan worden teruggevonden waarom juist de keuze viel op de offerte van nv Victor Buyck.

In de bestreden beslissing zouden een aantal manifeste beoordelingsvergissingen kunnen worden teruggevonden.

Daarnaast wijst zij erop dat de Raad van State reeds geoordeeld heeft dat er grenzen zijn aan de bescherming van zakengeheimen, meer bepaald in de hypothese waarin verzoekende partijen zelfs niet in de mogelijkheid zijn om de motivering of beoordeling van de gunningbeslissing op haar waarde te schatten.

Verzoekende partij stelt vast dat te dezen niet aangetoond is dat alle gegevens die niet werden meegedeeld als vertrouwelijk dienen te worden beschouwd en dat het voor haar niet mogelijk is de juiste waarde van de ingediende offertes in te schatten rekening houdend met de inhoud van de bestreden beslissing en het gunningsverslag in bijlage daarvan.

Beoordeling

10.1. Verwerende partij werpt met betrekking tot het tweede middel een exceptie *obscuri libelli* op aangezien het middel niet zou verduidelijken waaruit precies de schending bestaat van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht, de kennelijke beoordelingsvergissing, in rechte en in feite, of van het verbod van willekeur en machtsoverschrijding. Verzoekende partij beperkt zich tot de stelling dat in de bestreden beslissing “een aantal manifeste beoordelingsvergissingen kunnen worden teruggevonden waardoor aan de offerte van de verzoekende partij ten onrechte een ongelijke beoordeling wordt gegeven”, doch verduidelijkt niet waarin precies deze vermeende beoordelingsvergissingen zouden schuilen.

De exceptie wordt aanvaard.

10.2. In de mate dat verzoekende partij voorts de schending inroept van de formele motiveringsverplichting, vereisen de daartoe in het middel ingeroepen artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, dat de motivering van de bestreden beslissing de juridische en feitelijke overwegingen vermeldt die aan de beslissing ten grondslag liggen. Die motivering moet afdoende zijn, teneinde de bestuurse in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

10.3. De bestreden gunningbeslissing verwijst wat de motieven betreft naar het gunningsverslag, dat werd opgenomen als bijlage 9 bij de gunningsbeslissing, evenals naar de bij het gunningsverslag behorende bijlagen 1 tot en met 7. Het gunningsverslag bevat benevens een puntentabel een motivering per gunningscriterium waarin de kenmerken van de beide offertes worden omschreven en tevens wordt verantwoord waarom de ene offerte hoger wordt gequoteerd dan de andere. Zowel de gunningsbeslissing als het gunningsverslag werden aan verzoekende partij meegedeeld bij de kennisgeving. Vastgesteld dient ook te worden dat verzoekende partij deze inhoudelijke motivering in haar verzoekschrift nergens betwist.

10.4. Verwerende partij lijkt er op het eerste gezicht niet toe te zijn gehouden om in de bestreden beslissing en het gunningsverslag nog meer motieven te vermelden dan zij reeds heeft gedaan.

Artikel 65/10 van de wet van 24 december 1993 bepaalt in dit verband immers uitdrukkelijk:

“§ 1. Bepaalde gegevens mogen evenwel niet worden medegedeeld indien de openbaarmaking ervan de toepassing van een wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met het openbaar belang, nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van overheidsbedrijven of particuliere ondernemingen of de eerlijke mededinging tussen de ondernemingen zou kunnen schaden.

§ 2. De aanbestedende instantie en elke persoon die, in het kader van zijn functie of van de hem toevertrouwde opdrachten, kennis heeft van vertrouwelijke informatie over een opdracht of die hem, in het kader van het plaatsen en de uitvoering van de opdracht, door de kandidaten, inschrijvers, aannemers, leveranciers of dienstverleners werd verstrekt,

mogen die informatie niet bekendmaken. Deze informatie heeft meer bepaald betrekking op de technische of commerciële geheimen en op de vertrouwelijke aspecten van de offertes.

Zolang de aanbestedende instantie geen beslissing heeft genomen over, naargelang het geval, de selectie of kwalificatie van de kandidaten, de regelmatigheid van de offertes, de gunning van de opdracht of de beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht, hebben de kandidaten, inschrijvers en derden geen toegang tot de documenten betreffende de procedure, met name de aanvragen tot deelneming of kwalificatie, de offertes en de interne documenten van de aanbestedende instantie”.

10.5. In de huidige stand van het geding wordt door verzoekende partij niet aangetoond dat de bijlagen 1 tot en met 7 van het gunningsverslag geen vertrouwelijke informatie zouden zijn waarvan de openbaarmaking de rechtmatige commerciële belangen van de inschrijvers kan schaden, alsook de eerlijke mededinging tussen verzoekende partij en tussenkomende partij. Aangezien te dezen de betrokken bijlagen en de overige stukken waarvoor de vertrouwelijke behandeling wordt gevraagd, volledig werden meegedeeld aan de Raad van State, kan de Raad zelf deze gegevens wel in zijn beoordeling betrekken.

10.6. In de huidige stand van het geding lijkt dan ook te moeten worden aangenomen dat de motivering in de bestreden beslissing en het gunningsverslag volstaat en verzoekende partij voldoende in staat stelt tot het formuleren van inhoudelijke kritiek.

Het middel is op dan ook niet ernstig in de mate dat een schending wordt aangevoerd van de formele motiveringsplicht.

VI. Besluit

11. Geen van beide middelen is ernstig. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid moet dan ook worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Victor Buyck Steel Construction tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 20 december 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest