

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 219.494 van 24 mei 2012
in de zaak A. 204.598/XII-6927**

In zake: 1. de NV ANTWERPSE BOUWWERKEN
2. de NV VALENS
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap
Antwerpse Bouwwerken nv - Valens nv
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV VAN PUBLIEK RECHT NMBS HOLDING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Barteld Schutyser
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV AANNEMINGSMAATSCHAPPIJ CFE
(bijkantoor MBG)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Helga Van Peer en Simon Ceulemans
kantoor houdend te 1150 Brussel
Tervurenlaan 268A
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 25 april 2012, strekt tot de schorsing
bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “• De beslissing van ongekende datum zoals meegedeeld door de NMBS Holding met schrijven van 10 april 2012 waarbij wordt beslist de opdracht ‘MST.T0.020 Mechelen Stationsomgeving - Ruwbouwwerken voor de Tangent en Spoorbypass in de zone 020 en voor de ondergrondse parking met zone kiss & ride’ (bestek nr. 60/02/10/00828) te gunnen aan de NV CFE (bijkantoor MBG) voor een totale inschrijvingsprijs van 55.959.248,72 EUR (excl. BTW);
- De daaruit volgende impliciete beslissing van de NMBS Holding om de offerte ingediend door de nv Antwerpse Bouwwerken en de nv Valens, samen vormend de THV Antwerpse Bouwwerken nv - Valens nv voor de uitvoering van de opdracht ‘MST.T0.020 Mechelen Stationsomgeving - Ruwbouwwerken voor de Tangent en Spoorbypass in de zone 020 en voor de ondergrondse parking met zone kiss & ride’ (bestek nr. 60/02/10/00828) niet uit te kiezen en hen de opdracht niet te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 7 mei 2012 heeft de nv Aannemingsmaatschappij CFE (bijkantoor MBG) gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 mei 2012, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters, die verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaten Barteld Schutyser en Tom Villé, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Helga Van Peer en Simon Ceulemans, die verschijnen voor de tussenkomende 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 NMBS-Holding schrijft een overheidsopdracht uit voor ruwbouwwerken, uit te voeren in de stationsomgeving van Mechelen. Het betreft ruwbouwwerken voor de “Tangent en Spoorbypass” in de zone 020 en voor de ondergrondse parking met zone kiss & ride.

Het betreft een opdracht voor werken die geraamd wordt op 68.733.446,14 euro, die daarmee het drempelbedrag voor Europese bekendmaking overschrijdt.

De opdracht wordt gegund via openbare aanbesteding.

Partijen blijken niet te betwisten dat de opdracht onderworpen is aan het koninklijk besluit van 10 januari 1996 voor de aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, dat ook toepasselijk werd verklaard in het bestek.

3.2. De opdracht werd gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 14 juli 2011 en in het Europees Publicatieblad van 20 juli 2011. De opdracht is voorwerp van vijf verbeteringsberichten, die in de hierna vermelde en aangehaalde besteksbepalingen zijn verwerkt.

3.3. Het betreft een gemengde opdracht, deels tegen globale prijs, deels volgens prijslijst.

3.4. Wat de vorm en de inhoud betreft van de op te maken offertes bepaalt het bestek onder meer in een artikel 78:

- “§2. De inschrijver voegt de volgende bescheiden bij zijn inschrijving:
1. Een overzicht van de hierboven vermelde kostprijs, opgesplitst volgens de bepalingen van artikel 77 van het eerste deel van het bestek;
 2. [...]
 3. [...]
 4. [...]
 5. [...]
 6. [...]

7. De hiernavolgende documenten ter verantwoording van de prijzen van de offerte:

7.1. De detailberekening van alle substantiële forfaitaire eenheidsprijzen

Met substantiële forfaitaire eenheidsprijzen ('SFEP') wordt bedoeld de forfaitaire posten waarvan het totaal het bedrag 150.000 € overschrijdt [uitgezonderd de posten die betrekking hebben op Algemene Administratiekosten, Algemene of Bijzondere Bouwplaatskosten of materieel].

Gezien het beperkte aantal SFEP in de inschrijving en hun grote financiële impact op de inschrijving, en om het nazicht en vergelijk van de offertes mogelijk te maken, dient elke inschrijver in detail de samenstelling van al deze SFEP te verantwoorden in een apart document dat hij voegt bij zijn offerte. In deze verantwoording dient de aannemer te vermelden uit welke bewerkingen de werken uit elke SFEP zijn samengesteld. Daarnaast zal hij, voor elke bewerking, volledig zijn netto kostprijs (d.w.z. zonder belastingen, taksen en andere heffingen) opgeven, indien mogelijk onder opgave van de gehanteerde eenheidsprijzen en de gerekende hoeveelheden, van:

1. De onderscheiden verwerkte materialen;
2. De onderscheiden soorten materieel (met vermelding van de boekwaarde);
3. De onderscheiden taken van personeel (zowel in zijn dienst als in dienst van zijn ondercontractanten) en opdrachten van dienstverleners (en deze optredend voor rekening van zijn ondercontractanten);
4. Alle andere kosten van diverse aard (bv. huur terrein, bijzondere taksen,...), met uitzondering van deze die behoren tot de Algemene Administratiekosten of de Algemene Bouwplaatskosten.

Als uitzondering op het voorgaande mag de aannemer deze verantwoording bundelen voor wat betreft de onbeduidende bewerkingen, in zover deze samen een waarde vertegenwoordigen van minder dan één tiende van de voor de SFEP aangeboden totale prijs. Onder 'bewerking' wordt begrepen elk procédé dat leidt tot de uitvoering van een onderdeel van het bouwwerk of tot een graad van afwerking die het voorwerp is van een technisch nazicht of keuring door de aanbestedende overheid. De aannemer zal van zijn ondercontractanten of de vennoten van de tijdelijke handelsvennootschap waaronder hij zijn aanbod indient dezelfde gegevens opgeven en deze verwerken in zijn verantwoording.

Voor alle duidelijkheid, de aannemer kan uit deze verantwoording geen enkel recht putten om het globaal karakter van de forfaitaire eenheidsprijzen in vraag te stellen.

7.2. De detailberekening van de algemene administratie- en bouwplaatskosten en winst.

De aannemer zal in het document bedoeld in 7.1. tevens zijn kostprijs opgeven en een detail verstrekken van respectievelijk zijn Algemene Administratiekosten en Algemene Bouwplaatskosten. Tevens maakt

de aannemer melding van het bedrag van de bedrijfswinst (na afschrijvingen) die hij op de opdracht wenst te behalen. Treedt de aannemer op als tijdelijke handelsvennootschap, dan worden deze waarden voor elke vennoot in rekening genomen in verhouding tot zijn aandeel in het aanbod van deze tijdelijke handelsvennootschap.

7.3. Samentelling

Door de samengetelde waarden bedoeld in 7.2. [en de posten die betrekking hebben op Algemene Administratiekosten, Algemene of Bijzondere Bouwplaatskosten of materieel] proportioneel te verdelen over de SFEP dient de optelling met de detailkosten gevraagd in § 7.1. te resulteren in de voor deze SFEP aangeboden forfaitaire totale eenheidsprijzen.

8. De aldus bepaalde vermeerderingscoëfficiënt voor algemene onkosten stemt overeen met de Algemene kosten AKW die opgenomen zijn in de detailberekeningen hierboven vermeld (zie punt 7.1.)”.

3.5. De openingszitting vindt plaats op 27 oktober 2011. Er blijken acht offertes te zijn ingediend met volgende prijzen (btw niet inbegrepen, bedragen respectievelijk voor en na verbetering van rekenfouten):

- Denys nv
77.752.069,73 euro - 77.752.069,68 euro
- Strabag Belgium nv
93.956.006,70 euro - 93.962.575,39 euro
- P. Roegiers & Co nv
65.175.098,93 euro - 65.175.098,93 euro
- thv CEI-De Meyer nv - Jan De Nul nv
60.871.402,00 euro - 60.871.401,97 euro
- thv Antwerpse Bouwwerken nv - Valens nv
57.351.226,91 euro - 57.351.226,94 euro
- CFE nv (bijkantoor MBG)
56.375.000,00 euro - 56.374.999,95 euro
- thv Van Laere nv - Cit Blaton nv - Max Bögl International SE
67.793.522,18 euro - 67.793.522,10 euro
- thv Besix nv - Willemen General Contractor nv - Van Hout nv - Franki Construct
66.460.558,48 euro - 66.460.558,48 euro

3.6. Bij nazicht van de offertes onderwerpt verwerende partij volgens het gunningsverslag de offerte van de nv CFE aan een regelmatigheidsonderzoek wat “eenheidsprijzen en forfaitaire prijzen” betreft. Op 8 december 2011 stuurt verwerende partij aan nv CFE een vraag tot prijsverantwoording betreffende post 0017 (art. 01.01.501 Inrichten van de werf), die zeer laag blijkt en betreffende post 0006 (art. 0.2.8.1. Werflokalen voor de aanbestedende overheid), die hoog blijkt.

3.7. Bij brief van 12 december 2011 stuurt nv CFE een prijsverantwoording aan verwerende partij.

3.8. Er wordt een gunningsverslag opgesteld. Alle offertes worden geselecteerd na beoordeling van de vereisen inzake kwalitatieve selectie.

In het gunningsverslag wordt betreffende de regelmatigheid van de eenheidsprijzen en forfaitaire prijzen van nv CFE geoordeeld dat deze als normaal kunnen worden beschouwd, meer bepaald als volgt:

“Het vermoeden dat de indirecte kosten voor werfinrichting proportioneel bij de andere posten werden opgeteld, werd na analyse van het verkregen antwoord bevestigd. Op grond van artikel 78, §2, 7°, pagina 15 van de Administratieve Bepalingen van het bestek kon de indruk bestaan dat deze kosten deel uitmaken van de algemene administratie- en bouwplaatskosten. Ook blijkt dat bepaalde kostenelementen die door de laagste inschrijver onder post 006-art. 0.2.8.1. werden begrepen, niet hernomen werden onder post 0017-art. 01.01.501, aangezien deze als één geheel beschouwd kunnen worden en de opsplitsing ervan geen concreet effect heeft op de uitvoering van het project; Dit verklaart waarom er voor post 0006 - art. 0.2.8.1. een hogere prijs en voor post 0017-01.01.501, een lagere prijs wordt gegeven. De prijsverantwoording werd voor de beide posten aanvaard. Conclusie: de eenheidsprijzen en forfaitaire prijzen van de laagste inschrijver kunnen als normaal beschouwd worden.”

3.9. Op 30 maart 2012 beslist de raad van bestuur van de NMBS-Holding:

“De Raad van Bestuur neemt kennis van het gunningsdossier voor de ruwbouwwerken in de zone Station (MST 20), maakt zich de motivering van het gunningsverslag eigen die deel uitmaakt van zijn beslissing en verleent op basis van die motivering zijn akkoord voor de gunning van de

ruwbouwwerken in de zone Station (MST20) aan CFE NV (bijkantoor MBG), die in het kader van een openbare aanbesteding de laagste offerte heeft ingediend, voor een totaal bedrag van 55 959 249 € waarvan 28 602 210 € ten laste van de NMBS-Holding (waarvan vervolgens 17% ten laste van Eurostation, hetzij 4 862 376 €), 17 228 348 € ten laste van Infrabel en 10 128 691 € ten laste van AWW”.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.10. Bij aangetekend schrijven van 10 april 2012 worden verzoekende partijen in kennis gesteld van de gunning door mededeling van het gunningsverslag en worden zij ervan op de hoogte gebracht dat verwerende partij de wachttijd voorgeschreven in artikel 65/11 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, zal respecteren.

IV. Tussenkoms

4. De verzoekende partij tot tussenkoms 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 de vordering

5.1. Verwerende partij betwist in haar nota de ontvankelijkheid van de vordering voor zover die is gericht tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet aan verzoekende partijen te gunnen.

5.2. Verzoekende partijen tonen niet aan welk bijkomend voordeel zij menen te kunnen verkrijgen door een schorsing van de impliciete beslissing om de opdracht niet aan verzoekende partijen te gunnen, naast een mogelijke schorsing van de gunningsbeslissing zelf. Verzoekende partijen lijken er ten onrechte van uit te gaan dat uit de betrokken schorsing een rechtsplicht zou moeten voortvloeien om de opdracht aan hen te gunnen. Ongeacht de vraag of reeds uit een schorsingsarrest dergelijke rechtsplicht kan ontstaan, lijkt zulks te dezen in elk geval niet aangetoond, nu enkel nog maar de regelmatigheid van de offerte van de

gekozen inschrijver lijkt te zijn onderzocht.

De exceptie van onontvankelijkheid van de vordering voor zover gericht is tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet aan verzoekende partijen te gunnen, kan bijgevolg worden aanvaard.

6.1. Tussenkomen de partij betwist in haar verzoekschrift tot tussenkomst de onontvankelijkheid van de vordering doordat verzoekende partijen volgens haar op geen enkele wijze aantonen dat hun inschrijving als de laagste regelmatige inschrijving kan worden beschouwd.

6.2. De beoordeling van deze exceptie valt samen met de beoordeling van de ernst van de middelen.

VI. Schorsingsvoorwaarden

7.1. 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.

7.2. 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.

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

VII. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Uiteenzetting

8. Verzoekende partijen voeren in een eerste middel de schending aan van “artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten; [...] van artikelen 77 en 98§2 van het Koninklijk Besluit van 10 januari 1996 voor de aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten; [...] van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*; [...] van de formele en materiële motiveringsplicht; [...] van het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel; [...] van de eerlijke mededinging”.

Zij achten deze rechtsnormen geschonden:

“Doordat de verwerende partij de offerte van de NV CFE (bijkantoor MBG) weerhoudt als laagst regelmatige bieder en daartoe in de bestreden beslissing motiveert dat voor wat betreft het prijsniveau van de geboden prijs post met volgnummer 0017 (art. 01.01.501. ‘Inrichten van de werf) uit de bijlage 2 bij de bestreden beslissing blijkt dat de NV CFE (bijkantoor MBG) voor de verschillende bouwdelen doorgaans wat duurder is dan de andere laag gerangschikte inschrijvers wat het vermoeden versterkt dat de indirecte kosten voor werfinrichting, proportioneel bij de andere posten werden opgeteld en dat dit vermoeden overeenkomstig de ontvangen prijsverantwoording gevoegd als bijlage 3 bij de bestreden beslissing wordt bevestigd nu daarin is bevestigd dat de indirecte kosten van de werfinrichting proportioneel werden verdeeld (en opgeteld) bij de overige 636 posten - waarvan 545 posten tegen vermoedelijke hoeveelheden -;

Terwijl, eerste onderdeel, de opdrachtdocumenten en in het bijzonder het wijzigend bericht nr. 5 van 14 oktober 2011 uitdrukkelijk voorschrijven dat de kosten en prestaties voorwerp van artikel 01.01.501. vergoed worden door een globale forfaitaire prijs en de kosten voor de werfinrichting inbegrepen dienen te zijn in het forfait; Dat door het onderbrengen van deze kosten door de gekozen inschrijver niet in de forfaitaire post 0017 art. 01.01.501. maar wel, proportioneel onderverdeeld, in de 636 overige posten (waarvan 545 posten voorzien in vermoedelijke hoeveelheden en voorzien in betaling tegen prijslijst), het niet zeker is dat deze offerte de ‘laagste’ is en alleszins deze offerte ‘substantieel onregelmatig’ maakt; Dat een vergoeding voor de prestaties en werken voorwerp van post 0017 art. 01.01.501. op basis van een forfait dan wel op basis van vermoedelijke hoeveelheden substantieel verschillend is, de vergelijkbaarheid van de offertes onmogelijk maakt, ingaat tegen de uitdrukkelijke bewoordingen van het bestek en de eerlijke mededinging verstoort;

En terwijl, tweede onderdeel, [...]

Zodat de bestreden beslissing door de offerte van de laagste inschrijver niet als onregelmatig te weren doch als laagst regelmatig te weerhouden de in het middel aangehaalde bepalingen schendt”.

Beoordeling

9. In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de partijen op zich het bestaan van de wijzigingsberichten en de correcte kennisgeving ervan niet betwisten zodat hierna geen aandacht wordt besteed aan de besteksbepalingen zoals die bestonden voorafgaand aan de wijzigingen.

10. Verzoekende partijen zijn van oordeel dat tussenkomende partij wat de prijsopgave betreft van de kosten voor werfinrichting, afgeweken is van essentiële bepalingen van het bestek en dat de offerte aldus als substantieel onregelmatig had moeten worden geweerd.

Het staat in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid en niet aan de Raad van State om te beoordelen of een offerte beantwoordt aan de besteksbepalingen, zij het dat de Raad van State desgevraagd daarbij mag nagaan of die beoordeling steunt op in rechte aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek.

11. Het op deze opdracht toepasselijke bestek bevat in Boekdeel 3: Technische bepalingen en bijlagen – onderdeel 3.1. Technische bepalingen architectuur en stabiliteit – Hoofdstuk 01- Voorafgaande werken en sloopwerken, een artikel 01.01.501 dat bepaalt:

“01.01.501 Inrichten van de werf

Omschrijving:

Het ter plaatse brengen, instandhouden en verwijderen van alle installaties die nodig zijn opdat de aannemer zijn werkzaamheden kan aanvangen en opdat het bestuur der werken de werken kan opvolgen.

De inrichting van de werf omvat alle prestaties:

1. die voortvloeien uit de voorschriften in de Administratieve Bepalingen van huidig bestek, in het bijzonder deze van art. 25 §1 Andere factoren betreffende de aannemingsprijzen en art.30 – Algemene organisatie van de werf;

2. omschreven in het Onderdeel 3.0 – Algemene Technische Bepalingen, van onderhavig lastenboek.

Dit omhelst ondermeer (niet-limitatieve opsomming):

3. Het oprichten van alle burelen, bouwketen, magazijnen e.d., nodig voor de werklieden, alsook van de vereiste sanitaire installaties overeenkomstig het ARAB.

4. Het aanleggen en onderhouden van:

- de toegangswegen tot het bouwterrein, indien de bouwheer zelf er nog geen heeft aangelegd;

- alle tijdelijke wegen en toegangen binnen de omheining van het bouwterrein en nodig voor de vlotte en reine uitvoering der werken;

- werftrappen om alle verdiepingen op veilige wijze (zie ARAB) – reeds van in ruwbouwfase – bereikbaar te maken, ook voor eventuele nevenaannemers.

5. Het aanbrengen en oprichten op de bouwplaats van alle vereiste voorlopige installaties en stockageplaatsen, van alle outillering, machines, uitvoerings- en controlemiddelen om de opdrachten uit te voeren binnen de gestelde termijnen en overeenkomstig de clausules. Het oprichten en uitrusten van een werflaboratorium, indien nodig.

6. Water-en elektriciteitsvoorziening

- de aanleg van bevoorradingspunten voor water en elektriciteit.

- de aansluitingen op en de verdeling vanaf deze punten.

- in verband met de waterbevoorrading kan de bouwheer geen garantie geven op de druk, noch op het debiet van het distributienet. Hiervoor zal de aannemer de nodige voorzieningen treffen.

- Alle hiermee verbonden kosten van allerlei aard (verbruik, taksen,...)

7. De algemene en plaatselijke verlichting van de werf.

8. Het wekelijks rein houden van de werf. Blijft de aannemer op dit punt in gebreke dan zal de bouwheer zelf, en op kosten van de aannemer, instaan voor deze activiteit. Het rein houden slaat ook op het vermijden en voorkomen van slijk- en moddertoestanden.

9. Het naleven van alle dienstberichten en instructies uitgevaardigd door de bouwheer.
10. Het naleven van de regels in verband met hygiëne, algemene veiligheid, brandveiligheid, arbeidsgeneeskunde, enz...
11. De, zo nodige, permanente dag- en nachtbewaking met omheiningen van de bouwwerken en van zijn materiaal en materieel, indien dit noodzakelijk of aangewezen mocht blijken, of indien eigendommen van de bouwheer vanwege de werken komen genaakbaar te staan.
12. Het inplanten der bouwwerken, structuren en onderdelen.
13. Aanvragen allerlei vergunningen.
14. De nodige personen voor leidinggevende en coördinerende taken.
15. De verzekeringen en alle hiermee verbonden kosten van allerlei aard

Wij verwijzen naar boekdeel 3.0 – ‘Algemene Technische bepalingen’: alle posten vermeld in het deel 3.0, en die niet opgenomen zijn in document 3.0 of dit hoofdstuk 01 als meetpost of geen algemene last van de aanneming zijn, zijn in dit artikel 01.01.501 begrepen.

Nota: ook de posten, die volgens de Administratieve bepalingen en volgens de Technische bepalingen in de prijs van de werfinrichting begrepen zijn, zijn hier inbegrepen.

Aard van de overeenkomst:

Globale prijs (GB).

Meetwijze:

meeteenheid: FF(forfait)

meetcode: Nihil”.

De aangehaalde bepalingen zijn aldus vastgesteld door wijzigingsbericht nr. 5.

Daarnaast bevat het bestek in Boekdeel 3: technische bepalingen en bijlagen, Onderdeel 3.0.2.: Technische bepalingen, een artikel 0.2.8.1. – “Werflokalen voor de aanbestedende overheid” dat bepaalt:

“0.2.8. WERFLOKALEN

Algemene omschrijving:

Volgende lokalen dienen te worden gerealiseerd en ingericht in overeenstemming met het ARAB en de Codex Welzijn op het werk:

- Voor het werfpersoneel: werfkantoren, bouwketen, magazijnen, kleedlokalen, refter en sanitaire installaties
- Voor de aanbestedende overheid: werfkantoren, bouwketen, kleedlokalen, refter en sanitaire installaties.

Zie Tweede Deel, Administratieve Bepalingen, art. 32,§2.

0.2.8.1. Werflokalen voor de aanbestedende overheid

Specifiek:

De aannemer richt voor het personeel van de aanbestedende overheid paviljoenen op voor de gehele duur van de werken.

Deze paviljoenen moeten voldoen aan de geldende wettelijke voorschriften, o.m. ARAB en AREI.

[...]

Aard van de overeenkomst:

Globale Prijs (GP)

Meetwijze:

meeteenheid: forfait

meetcode: omvat alle beschreven prestaties, inclusief alle exploitatiekosten van de werfkantoren e.d., zoals abonnementskosten, telefoonkosten, allerlei verbruik, schoonmaak, kosten van het huisvuil; tevens de verwarming van de werfketen enz”.

In de samenvattende meetstaat bij het bestek, wordt een tabel met posten opgenomen onder de titel: “a rato artikels”. In deze tabel wordt in een post 0017 voorzien die betrekking heeft op artikel 01.01.501 Inrichten van de werf en waarvoor in de meetstaat een globale forfaitaire prijs dient te worden opgegeven en een post 0006 waarvoor eveneens een globale forfaitaire prijs dient te worden opgegeven.

12. Op het eerste gezicht lijkt het bestek zowel in de artikelen 01.01.501 en 0.2.8.1. als in de posten van de meetstaat dan ook te bepalen dat voor de prestaties die begrepen zijn in de werfinrichting en die vermeld werden in de artikelen 01.01.501 en 0.2.8.1. de inschrijvers in hun offerte een globale forfaitaire prijs dienen op te geven in de meetstaat en vallen deze posten onder de toepassing van de facturatie *pro rata temporis*. Het bestek blijkt dan ook in een uitdrukkelijke regeling te voorzien voor de kosten inzake werfinrichting die niet mogen worden verdeeld over de overige posten van het bestek.

13. De bepaling van artikel 78 van het bestek, hiervoor na randnummer 3.4. aangehaald, waar verwerende en tussenkomende partijen naar verwijzen lijkt aan deze vaststelling niets af te doen en lijkt er op het eerste gezicht niet toe te leiden dat het bestek op een andere wijze zou moeten worden geïnter-

preteerd. Het lijkt ook niet dat enige andere inschrijver uit artikel 78 heeft afgeleid dat de kosten voor de werfinrichting verdeeld dienden te worden over de overige posten van het bestek. Bovendien is punt 7.3 van deze bepaling, dat het heeft over het proportioneel verdelen van “Algemene Administratiekosten, Algemene Bijzondere Bouwplaatskosten of materieel” over de substantiële forfaitaire eenheidsprijzen, allerm minst duidelijk geformuleerd, zulks in tegenstelling tot voormelde artikelen 01.01.501 en 0.2.8.1., die wat inrichten van de werf betreft verwijzen naar “meeteenheid: forfait”. In elk geval lijken deze laatstgenoemde artikelen als bijzondere besteksbe palingen te moeten primeren boven de algemene besteksbe paling in artikel 78.

Evenmin lijkt de argumentatie van verwerende partij dat in het bestek wat de opgave betreft van de prijs van de bouwkosten inzake werfinrichting afgeweken zou zijn van wat gebruikelijk is, afbreuk te doen aan de duidelijke be palingen van de artikelen 01.01.501 en 0.2.8.1.

Ten slotte stelt verwerende partij dat er een “graad van tegen spraak”, of “minstens ruimte voor interpretatie” is betreffende de betrokken besteksbe palingen, maar dat de interpretatie van tussenkomende partij “niet onredelijk” is.

De conclusie die verwerende partij hieruit afleidt, namelijk dat de offerte van de tussenkomende partij daardoor niet onregelmatig is, kan echter niet worden bijge vallen.

In de eerste plaats lijkt bij een aanbesteding waar enkel prijsconcurrentie de gunning mag be palen, het tot onvergelykbaarheid van gegeven prijzen te kunnen leiden, indien diverse en tegenstrijdige interpretaties van besteksbe palingen worden aanvaard.

Voorts stond het tussenkomende partij vrij, indien er in haren hoofde onduidelijkheid zou hebben bestaan over hoe artikel 78 van het bestek zich verhiel tot de artikelen 01.01.501, 0.2.8.1. en de opmetingsstaat, om hierover een vraag tot verduidelijking te stellen aan de aanbestedende overheid, wat ze niet heeft gedaan.

14. Partijen lijken te dezen niet te ontkennen dat de gekozen inschrijver voor een belangrijk aantal van de prestaties vermeld in artikel 01.01.501 van het bestek, geen forfaitaire globale prijs heeft opgegeven onder de posten 0006 en 0017 van de opmetingsstaat, maar de kosten voor deze prestaties proportioneel verdeeld heeft over de overige posten van de offerte en daarvoor een kostenpercentage heeft aangerekend van 6,5%. In haar voormelde prijsverantwoording heeft de tussenkomenende partij uitdrukkelijk aangegeven dat zij de kosten voor “Het naleven van alle dienstberichten en instructies uitgevaardigd door de bouwheer”, “Het naleven van de regels in verband met hygiëne, algemene veiligheid, brandveiligheid, arbeidsgeneeskunde”, “Het inplanten der bouwwerken, structuren en onderdelen”, “Aanvragen allerlei vergunningen”, “De nodige personen voor leidinggevende en coördinerende taken”, “De verzekeringen en alle hiermee verbonden kosten van allerlei aard” aangerekend heeft binnen de algemene kosten en dat deze procentueel verdeeld werden over de posten van de meetstaat.

Zoals verzoekende partijen terecht opmerken, lijkt een aanzienlijk aantal van deze andere posten waarover de voormelde kosten voor inrichting van de werf werden verdeeld betrekking te hebben op vermoedelijke hoeveelheden (545 van de 636), zodat de prijs die een percentage daarvan vormt, op het eerste gezicht eveneens geen forfaitaire globale prijs lijkt te zijn, maar een prijs die afhankelijk is van de vermoedelijke hoeveelheden en die aldus vatbaar lijkt voor fluctuatie. Bij vermoedelijke hoeveelheden wordt immers na de uitvoering van de werken op grond van het reële aantal uitgevoerde hoeveelheden de afrekening gemaakt.

Tussenkomenende en verwerende partij stellen daarbij dat tussenkomenende partij in haar offerte wat de kosten betreft voor de werfinrichting een forfaitaire prijs opgaf voor de directe werfkosten van respectievelijk 17.255 euro (voor post 0017) en een “onbepaalde fractie” van 477.901,51 euro (voor post 0006) en daarnaast een procentuele prijs opgaf voor de indirecte werfkosten van 6,5% op de vermoedelijke hoeveelheden wat volgens het gunningsverslag en tussenkomenende partij zou overeenkomen met een bedrag van 3.664.375 euro. Aldus lijkt de Raad van State te mogen vaststellen dat slechts voor een fractie van de kosten voor de prestaties van werfinrichting door tussenkomenende partij een

globale forfaitaire prijs werd opgegeven en dat voor het wezenlijk deel van deze kosten een percentage op de vermoedelijke hoeveelheden werd opgegeven.

15. Met verzoekende partijen lijkt aldus op het eerste gezicht te mogen worden aangenomen dat door de kosten voor werfinrichting - en dus met inbegrip van de “indirecte kosten”- een procentuele kost op te geven op de vermoedelijke hoeveelheden tussenkomen de partij niet voldoet aan de besteksvereisten inzake prijsopgave.

16. Artikel 98, § 2, van het te dezen toepasselijke koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten bepaalt:

“§ 2. Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 77, 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”.

Artikel 77 van hetzelfde koninklijk besluit bepaalt:

“De inschrijver maakt zijn offerte op en vult de samenvattende opmetingsstaat of de inventaris in op het eventueel bij het bestek behorende formulier. Indien hij deze op andere documenten maakt dan op het voorziene formulier moet de inschrijver op ieder van deze documenten verklaren dat het document conform het bij het bestek behorende model is. De documenten worden door de inschrijver of zijn gemachtigde ondertekend.

Doorhalingen, overschrijvingen, aanvullingen of wijzigingen, zowel in de offerte als in de bijlagen, die de essentiële voorwaarden van de opdracht zoals prijzen, termijnen, technische specificaties kunnen beïnvloeden, moeten eveneens door de inschrijver of zijn gemachtigde ondertekend worden. De bepalingen van dit lid zijn niet van toepassing indien de offerte en de bijlagen met een elektronische handtekening worden ondertekend”.

Uit de betrokken artikelen volgt dat een afwijking van de besteksbepalingen inzake de opgave van de prijzen, in principe te beschouwen is

als een afwijking van een essentiële besteksbeplating, zodat dit een substantiële onregelmatigheid uitmaakt.

In ieder geval lijkt de onregelmatigheid er niet toe te mogen leiden dat de mededinging wordt vervalst doordat zij de betrokken inschrijver bevoordeelt, dan wel de andere inschrijvers benadeelt. Eveneens lijkt de onregelmatigheid er niet toe te mogen leiden dat de werkelijke en objectieve vergelijkbaarheid van de offertes wordt aangetast.

Te dezen is de litigieuze procedure dan nog een openbare aanbesteding waarbij de prijs het enige gunningscriterium vormt zodat de wijze waarop de prijsbeplating gebeurt van doorslaggevend belang is voor de beoordeling en vergelijking van de offertes.

17. Zoals verzoekende partijen betogen, leidt de prijsopgave van de kosten voor werfinrichting in de offerte van tussenkomende partij ertoe dat zij in belangrijke mate vergoed wordt voor deze prestaties afhankelijk van de uiteindelijk uitgevoerde hoeveelheden van prestaties zoals beschreven in de overige posten, terwijl het bestek voorzagt in een forfaitaire vergoeding, onafhankelijk van de uiteindelijk uitgevoerde hoeveelheden. Aldus lijkt te kunnen worden gesteld dat te dezen het risico dat de inschrijver draagt voor de kosten van de werfinrichting, blijkbaar anders ligt in de prijsopgave zoals vereist door het bestek dan in de prijsopgave in de offerte van de tussenkomende partij.

18. Daarnaast lijkt het ook niet te gaan om een verwaarloosbare post, maar gaat het voor post 0017 om een bedrag van 3.664.375 euro op een totaalbedrag van 56.374.999,95 euro, dat ten onrechte procentueel werd verdeeld over de overige posten waarvan een overwegend aantal met vermoedelijke hoeveelheden (545 van de 636).

De afwijking lijkt zich dan te dezen ook op het eerste gezicht voor te doen als een afwijking van een essentiële besteksbeplating hetgeen de substantiële onregelmatigheid van de offerte met zich meebrengt.

19. Wat de vergelijkbaarheid van de offertes en de gelijke behandeling van de inschrijvers betreft, kan verwerende partij niet worden bijgevalen in haar argumentatie in zoverre zij stelt dat het risico dat er zich een prijsvoordeel zou voordoen voor de gekozen inschrijver miniem is, nu 111 van de posten met vermoedelijke hoeveelheden onderworpen zijn aan de toepassing van artikel 84, §2, van het meer vermeld koninklijk besluit van 10 januari 1996, die bepaling in belangrijke mate het verschil tussen forfaitaire posten en posten tegen een vermoedelijke hoeveelheid “nuanceert” en de inschrijvers dus allemaal de kans gehad hebben de betrokken hoeveelheden te controleren.

Het feit dat de posten bij het opstellen van de offertes zouden zijn gecontroleerd door de inschrijvers, lijkt immers op het eerste gezicht niet uit te sluiten dat bij de uitvoering er toch grotere hoeveelheden van de prestaties zullen moeten worden uitgevoerd en dus bij de afrekening in rekening worden gebracht. Het lijkt juist de essentie van een prijsbepaling tegen vermoedelijke hoeveelheden te zijn dat de uiteindelijke hoeveelheid en dus de uiteindelijke prijs slechts bij afrekening zal worden bepaald. Bij complexe werken van grote omvang zoals te dezen komt het bovendien op het eerste gezicht niet onrealistisch voor dat de uiteindelijke hoeveelheden kunnen verschillen van de vermoedelijke hoeveelheden. Het voorbeeld van de bouwput dat verwerende partij aanhaalt en het gegeven dat er bij een significante toename een nieuwe bouwvergunning zou moeten worden aangevraagd - wat op zich op het eerste gezicht niet als onmogelijk voorkomt - lijkt daaraan niets af te doen.

20. Daarnaast valt ook niet uit te sluiten dat de prijszetting van de andere inschrijvers anders zou zijn geweest indien ook zij de litigieuze kosten van de werfinrichting zouden hebben berekend als een procentueel bedrag van de overige posten tegen vermoedelijke hoeveelheden, welk bedrag eventueel kon dalen, maar ook zou kunnen stijgen bij hogere hoeveelheden.

21. Daarbij lijkt het op het eerste gezicht niet van belang of de offerte van de tussenkomende partij onder diverse hypotheses de laagste offerte blijft of niet, zoals verwerende partij lijkt te argumenteren.

De door verwerende partij daartoe naar voor gebrachte cijfermatige simulaties lenen zich alvast niet tot een beoordeling in het kader van een *prima facie* onderzoek waartoe een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid noodgedwongen beperkt is, en kunnen in huidige procedure dus niet tot de conclusie van verwerende partij leiden dat de betrokken onregelmatigheid “met voldoende zekerheid geen wijziging van de rangschikking tot gevolg kan hebben”. Verwerende partij gaat daarvan ten onrechte uit om te pleiten voor een “richtlijnconforme” interpretatie van het begrip regelmatigheid in artikel 15 van de wet van 24 december 1993. Volgens haar zou het in die omstandigheid aanvaarden van een onregelmatigheid als substantieel, tot gevolg hebben dat het begrip “laagste prijs” wordt uitgehold. Op die Europeesrechtelijke gesteunde argumentatie dient dus te dezen niet te worden ingegaan, nu ze van een verkeerde premisse vertrekt.

22. De hypothese die ten slotte door verwerende partij wordt aangevoerd, en volgens welke verzoekende partijen bij stijgende hoeveelheden ook een herziening van de overeenkomst zou kunnen vragen op grond van artikel 16, §2, van de Algemene Aannemingsvoorwaarden – Bijlage bij het koninklijke besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, lijkt evenmin af te doen aan de voormelde substantiële onregelmatigheid. De in die paragraaf geregelde herziening van de overeenkomst is immers te onderscheiden van het louter verrekenen van hogere hoeveelheden dan de vermoedelijke hoeveelheden bij opdrachten tegen prijslijst of gemengde opdrachten. Het lijkt niet omdat er bij de afrekening eventueel sprake is van een overschrijding van de vermoedelijke hoeveelheden, dat ook voldaan is aan de voorwaarden om een herziening te vragen.

23. Uit het voorgaande blijkt aldus dat de bestreden beslissing de gelijkheid onder inschrijvers in het gedrang bracht, dat ten onrechte de offerte van de tussenkomenende partij niet als substantieel onregelmatig werd geweerd en dat aldus ook niet meer lijkt vast te staan dat de opdracht overeenkomstig artikel 15 van de wet van 24 december 1993 is toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende.

In zoverre is het eerste onderdeel van het eerste middel ernstig.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Aannemingsmaatschappij CFE (bijkantoor MBG) tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 30 maart 2012 van de raad van bestuur van de nv van publiek recht NMBS-Holding om de opdracht “MST.T0.020 Mechelen Stationsomgeving - Ruwbouwwerken voor de Tangent en Spoorbypass in de zone 020 en voor de ondergrondse parking met zone kiss & ride” (bestek nr. 60/02/10/00828) te gunnen aan de nv CFE (bijkantoor MBG) voor een totale inschrijvingsprijs van 55.959.248 euro, btw niet inbegrepen.

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

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 24 mei 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest, kamervoorzitter,
bijgestaan door

Bram Van Thillo, griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest