

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 221.480 van 22 november 2012

in de zaak A. 206.805/XII-7121

In zake: de NV WEST CONSTRUCT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Lenders
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV SCHEEPVAART
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kaat Leus en Neil Braeckevelt
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV HERBOSCH-KIERE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan van Rijswijklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

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

“* De beslissing van de nv De Scheepvaart dd. 2 oktober 2012 zoals meegedeeld per schrijven van 8 oktober 2012 waarbij wordt beslist om de offerte ingediend door West Construct voor de uitvoering van de opdracht voorwerp van het bestek ‘WBK-BB8012 Kanaal Dessel - Turnhout –

Schoten - Gemeenten Turnhout, Beerse en Brecht – Herstellen stabiliteit dijklichaam te Turnhout, Beerse en Brecht’, te weren als onregelmatig.

* De beslissing van de nv De Scheepvaart dd. 2 oktober 2012 zoals meegedeeld per schrijven van 8 oktober 2012 waarbij wordt beslist om de opdracht, voorwerp van het bestek ‘WBK-BB8012 - Kanaal Dessel - Turnhout – Schoten - Gemeenten Turnhout, Beerse en Brecht - Herstellen stabiliteit dijklichaam te Turnhout, Beerse en Brecht’ te gunnen aan de nv Herbosch-Kiere voor een bedrag van 2.780.827,20 EUR (excl. BTW) en niet aan West Construct”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 6 november 2012 heeft de nv Herbosch-Kiere gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 november 2012, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Christophe Lenders en Simon Verhoeven, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Neil Braeckvelt, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Peter Flamey en Sien Aerts, 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 nv De Scheepvaart schrijft een overheidsopdracht uit voor aanneming van werken met als omschrijving “Kanaal Dessel-Turnhout-Schoten / Gemeenten Turnhout, Beerse en Brecht / Herstellen stabiliteit dijklichaam te Turnhout, Beerse en Brecht”. De opdracht wordt gegund via de procedure van een openbare aanbesteding.

3.2. De opdracht wordt op 28 juli 2011 gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen. Op 28 juli 2011 en op 12 september 2011 worden nog twee terechtwijzende berichten gepubliceerd.

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. WBK-BB8012 “Kanaal Dessel-Turnhout-Schoten / Gemeenten Turnhout, Beerse en Brecht / Herstellen stabiliteit dijklichaam te Turnhout, Beerse en Brecht”.

In de opdrachtoomschrijving opgenomen in het bestek, wordt het voorwerp van de opdracht als volgt toegelicht:

“Dit project omvat:

- het verwijderen van de bestaande oeververdediging uit houten palen, gevlochten staaldraad, geotextiel, gemetselde breuksteen;
- Graafwerken voor het aanpassen van het talud;
- Het leveren en heien van metalen damplanken;
- Het plaatsen van wrijfhouten;
- Bouwen van een nieuwe fauna-uitstapplaats (FUP);
- Het verharderen van de uitstapplaats onder water met zand, geotextiel en met colloïdaal beton ingewassen breuksteen;
- Het heien van een nieuwe oeverlijn uit stalen damplanken;
- Het aansluiten van de nieuwe damplanken op de bestaande damplanken of bestaande kopbalk via betonstoppen;
- Het plaatsen van thermisch verzinkte roosters en trappen;
- Het plaatsen van schanskorven en betonnen grachtelementen met drainage”.

De werken worden vervolgens nog meer in detail omschreven.

Artikel 116 van het bestek in verband met de gestanddoeningstermijn bepaalt:

“De inschrijvers blijven gebonden door hun offerte gedurende een termijn van 180 kalenderdagen, ingaande de dag na de opening van de offertes”.

3.4. Op 16 september 2011 vindt de openingszitting plaats en wordt een proces-verbaal van opening opgesteld. Er worden vier offertes ingediend aan volgende bedragen, btw inbegrepen:

1. de nv West Construct	3.279.913,17 euro,
2. de nv Herbosch-Kiere	3.364.855,97 euro,
3. de nv De Brandt	3.618.868,00 euro,
4. de nv Hye	3.675.566,75 euro.

3.5. Vervolgens heeft verwerende partij de ingediende offertes geëvalueerd en gerangschikt en de resultaten hiervan opgenomen in een gunningsverslag van 4 november 2011, waaruit bleek dat de nv West Construct de laagste offerte had ingediend. Op 4 november 2011 beslist verwerende partij om de offerte van de nv West Construct goed te keuren voor een bedrag van 2.710.672,01 euro, btw niet inbegrepen of 3.279.913,13 euro, btw inbegrepen.

3.6. De gunningsbeslissing wordt conform artikel 65/8 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ met een schrijven van 28 november 2011 ter kennis gebracht van de afgewezen inschrijvers en de gekozen inschrijver, met vermelding van het feit dat een wachttermijn van 15 dagen in acht wordt genomen.

3.7. Na afloop van de wachttermijn, gaat verwerende partij echter niet over tot sluiting van de overeenkomst met de nv West Construct.

Op 9 maart 2012 stuurt verwerende partij het volgend aangetekend schrijven aan verzoekende partij:

“Overeenkomstig de bepalingen van art. 116 van het standaardbestek 230, en verwijzend naar uw offerte voor bovenvermelde opdracht, verzoek ik u mij ten laatste op 14 maart 2012 te laten weten of u uw inschrijvingsprijzen handhaaft tot 14 juni 2012”.

Op deze vraag antwoordt de nv West Construct met een schrijven van 21 maart 2012 als volgt:

“N.a.v. Uw schrijven met ref. WBK-KAN-BB8012-G2 zijn wij zo vrij u te melden dat wij onze inschrijvingsprijzen en totaalprijzen wensen te handhaven tot en met 14/06/2012, mits een verhoging van 2.02% toe te passen op de totaliteit van de offerte.

Deze prijsverhoging is het gevolg van omstandigheden die zich voorgedaan hebben na opening van de offerte. Bij aanbesteding kon voor dit project exceptioneel rekening gehouden worden met een voordelige eenheidstarief voor de damplanken omwille van een gecombineerde aankoop samen met een aantal projecten van Besix nv. Ondertussen zijn desbetreffende projecten van Besix reeds lopende en door het uitblijven van de gunning en aanvang van dit werk, kunnen de voordelige eenheidsprijzen, te wijten aan een gegroepeerde aankoop, niet meer aangehouden worden voor het dossier in de rand vermeld. Op basis van huidig ontvangen informatie impliceert het wegvallen van deze synergie-aankoop een meerkost van 2.02% van het inschrijvingsbedrag van het project.

Mits verhoging van alle éénheids- en totaalprijzen met 2.02% kunnen wij deze nieuwe totaalprijs handhaven t.e.m. 14/06/2012”.

Met een aangetekend schrijven van 13 april 2012 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee:

“In uw brief dd. 21/03/2012 meldt u dat u ten gevolge van omstandigheden die zich hebben voorgedaan na opening van de offerte alle eenheids- en totaalprijzen gaat verhogen met 2,02%. U verwijst hierbij vooral naar de eenheidsprijs voor de post ‘levering damplanken’.

Uw verantwoording via deze brief is voorlopig onvoldoende om te worden aanvaard.

Wij verwachten van u een nieuwe offerte, met als bijlage een verantwoording waarin u het totale prijsverschil tussen de oorspronkelijke eenheidsprijzen/offerte en de nieuwe eenheidsprijzen/offerte aantoont”.

Hierop antwoordt de nv West Construct met een aangetekend schrijven van 8 juni 2012:

“N.a.v. Uw schrijven [...] zijn wij zo vrij u te melden dat wij onze inschrijvingsprijzen van posten 35 t.e.m. 37 van de originele offerte [...] wensen te verhogen met 3,20%.

Deze prijsverhoging is het gevolg van omstandigheden die zich voorgedaan hebben na opening van de offerte. Bij aanbesteding kon voor dit project exceptioneel rekening gehouden worden met een voordelige eenheidstarief voor de damplanken omwille van een gecombineerde aankoop samen met een aantal projecten van Besix nv. Ondertussen zijn desbetreffende projecten van Besix reeds lopende en door het uitblijven van de gunning en aanvang van dit werk, kunnen de voordelige eenheidsprijzen, te wijten aan een gegroepeerde aankoop, niet meer aangehouden worden voor het dossier in de rand vermeld. Op basis van huidig ontvangen informatie impliceert het wegvallen van deze synergie-aankoop een meerkost van 3,20% van het inschrijvingsbedrag van de damplanken (posten 35 t.e.m. 37).

Dit houdt in dat de nieuwe éénheidsprijzen voor deze posten respectievelijk worden:

Post 35: €76,15/m²

Post 36: €125,09/m²

Post 37: €74,45/m²

Hierdoor worden de totaalprijzen voor de posten respectievelijk:

Post 35: €1.668.598,80

Post 36: €16.074,07

Post 37: €82.267,25

Mits deze aanpassing van de éénheids- en totaalprijzen van posten 35 t.e.m. 37 kunnen wij deze nieuwe totaalprijs handhaven t.e.m. 29/06/2012”.

Op 27 juni 2012 stuurt de nv West Construct naar verwerende partij een nieuw aangetekend schrijven, waarbij dezelfde prijzen thans worden gehandhaafd tot 31 augustus 2012.

Met een aangetekend schrijven van 6 augustus 2012 vraagt verwerende partij aan de nv West Construct:

“In uw brief dd. 27/06/2012 meldt u dat u ten gevolge van omstandigheden die zich hebben voorgedaan na opening van de offerte alle eenheids- en

totaalprijzen gaat verhogen tot een bedrag van 3.346.176,90 EUR (incl. btw).

Uw verantwoording is overgemaakt aan de Afdeling Algemene Technische Ondersteuning.

Deze schrijft in haar advies dat uw argument dat de kosten voor de damplanken zijn toegenomen aangezien de opportuniteit voor een gecombineerde aankoop met Besix voorbij is, hoewel aannemelijk, verder niet wordt bewezen of toegelicht, en bijgevolg niet kan beoordeeld worden door de afdeling ATO.

Daarom vragen wij u om de verhoging van de kosten voor de damplanken schriftelijk verder toe te lichten of te bewijzen, en dit binnen de 10 kalenderdagen”.

Bij aangetekend schrijven van 20 augustus 2012 deelt de nv West Construct aan verwerende partij mee:

“Naar aanleiding van uw schrijven [...] zijn wij zo vrij u in bijlage een verklaring toe te voegen van onze leverancier, welke reeds vroeger telefonisch doorgegeven werd en nu bevestigd via bijgevoegde e-mail, aangaande de door ons gevraagde prijsverhoging van 3,20% voor de levering van de damplanken”.

In de bijgevoegde e-mail van 20 augustus 2012, uitgaande van ArcelorMittal, wordt vermeld:

“Naar aanleiding van onze afspraken betreffende de diverse projecten die in uitvoering zijn voor de firma Besix nv moet ik U medelen dat de prijs voor het project ‘Kanaal Dessel-Turnhout-Schoten’ niet meer gehandhaafd kan worden.

Gezien de overschrijding van de gestanddoening termijn van de potentiële groepsaankoop zien wij als ArcelorMittal Projects deze order dan ook niet meer als onderdeel van de gebundelde projecten waar eerder over is gesproken. Wij zijn daarom ook genoodzaakt een prijsverhoging door te voeren van 3,2% t.o.v. de prijzen bij de aanbesteding”.

3.8. Met een aangetekend schrijven van 28 augustus 2012, richt verwerende partij zicht tot de nv Herbosch-Kiere, de tweede gerangschikte inschrijver volgens de rangschikking opgenomen in de gunningsbeslissing van 4 november 2011, en verzoekt deze inschrijver, overeenkomstig artikel 116 van

het standaardbestek 230, om tegen 7 september 2012 te laten weten of hij zijn inschrijvingsprijzen handhaaft tot 31 oktober 2012.

Bij aangetekend schrijven van 6 september 2012 bevestigt de nv Herbosch-Kiere haar offerte onvoorwaardelijk te handhaven tot 31 oktober 2012.

3.9. Op 2 oktober 2012 stelt verwerende partij een nieuw gunningsverslag op. Omtrent de problematiek van de gestanddoeningstermijn van de offerte van de nv West Construct wordt hierin het volgende opgemerkt:

“Gelet op het feit dat de gestanddoeningstermijn, cfr. art. 116 van het bestek vastgelegd op 180 kalenderdagen, ingaande de dag na de opening van de offertes verstreken was; is aan de nv West Construct een verlenging van de gestanddoeningstermijn gevraagd.

De nv West Construct heeft samen met de verlenging van de gestanddoeningstermijn in eerste instantie de eenheidsprijzen van alle posten verhoogd met 2,02%, en in tweede instantie na bijkomende vraag van de aanbestedende overheid de eenheidsprijzen van alleen de posten 35 t.e.m. 37 verhoogd met 3,20%.

De aanbestedende overheid heeft tot tweemaal toe advies ingewonnen bij de afdeling Algemene Technische Ondersteuning aangaande de zeer summiere verantwoording van deze prijsverhoging door de firma nv West Construct.

Rekening houdend met de adviezen van de afdeling Algemene Technische Ondersteuning heeft de aanbestedende overheid zich, conform art. 118 van het KB van 8 januari 1996, volgens de rangschikking tot de tweede laagste regelmatige inschrijver gericht, nl. Herbosch-Kiere nv, en heeft de aanbestedende overheid de offerte van de nv West Construct wegens onvoldoende verantwoording en aldus als onregelmatig verworpen”.

3.10. Op 2 oktober 2012 hecht verwerende partij haar goedkeuring aan het gunningsverslag en beslist de opdracht te gunnen aan de nv Herbosch-Kiere. Deze beslissing luidt:

“Gelet op de openbare aanbesteding van vrijdag 16 september 2011, gehouden bij nv De Scheepvaart, afdeling Waterbouwkunde, Havenstraat 44 te 3500 Hasselt, voor het herstellen van de stabiliteit van een

dijklichaam te Turnhout, Beerse en Brecht, volgens het bestek nr. WBK-B88012;

Gelet op het feit dat binnen de voorgeschreven termijn op deze zitting door de volgende inschrijvers een offerte werd ingediend:

Nr.	Naam van de inschrijvers	Woonplaats
1	De Brandt nv	Baasrode
2	Herbosch-Kiere nv	Kallo
3	Hye nv	Zwijndrecht
4	West Construct nv	Oostkamp

Gelet op het feit dat op deze openbare aanbesteding de laagste offerte werd ingediend door de nv West Construct, voor een bedrag van 2.710.672,01 euro, exclusief btw;

Gelet op het feit dat alle inschrijvers voldoen aan de door het bijzonder bestek vereiste kwalitatieve selectiecriteria, en bijgevolg geselecteerd worden;

Gelet op het feit dat de gestanddoeningstermijn, cfr. art. 116 van het bestek nr. WBK-B88012 vastgelegd op 180 kalenderdagen, ingaande de dag na de opening van de offertes verstreken is;

Gelet op het feit dat aan de nv West Construct overeenkomstig de bepalingen van art. 118 van het KB van 8 januari 1996 met onze brief dd. 9 maart 2012 gevraagd werd om de gestanddoeningstermijn te handhaven tot 14 juni 2012;

Gelet op het feit dat de nv West Construct in zijn brief dd. 21 maart 2012 de gestanddoeningstermijn handhaaft, mits een verhoging van 2,02% op alle eenheids- en totaalprijzen;

Gelet op het feit dat de aanbestedende overheid in zijn brief dd. 13 april 2012 aangeeft dat de verantwoording van deze prijsverhoging onvoldoende is om te kunnen worden aanvaard;

Gelet op het feit dat de nv West Construct in zijn brieven dd. 8 juni 2012 en vervolgens 27 juni 2012 aangeeft enkel de eenheidsprijzen van de posten 35, 36 en 37 te verhogen met 3,20 %, en deze prijzen te handhaven tot respectievelijk 29 juni 2012 en 31 augustus 2012;

Gelet op het feit dat de aanbestedende overheid in zijn brief dd. 13 juli 2012 advies vraagt aan de afdeling Algemene Technische Ondersteuning betreffende de verantwoording van de nieuwe eenheidsprijzen van de posten 35 t.e.m. 37;

Gelet op het feit dat de afdeling Algemene Technische Ondersteuning in zijn brief dd. 13 juli 2012 enerzijds aangeeft dat de verantwoording van de verhoging van de eenheidsprijzen, zoals verschaft door de nv West Construct niet voldoende is en verder dient toegelicht te worden, en anderzijds aangeeft om de nv West Construct te weren en de gunningsprocedure verder te zetten cfr. artikel 118 van het KB van 18 januari 1996;

Gelet op het feit dat de aanbestedende overheid in zijn brief dd. 6 augustus 2012 aan West Construct nv meedeelt dat de nieuwe eenheidsprijzen van de posten 35 t.e.m. 37 verder dienen te worden verantwoord;

Gelet op het feit dat de nv West Construct in zijn brief dd. 20 augustus 2012 de verhoging van haar eenheidsprijzen toelicht via een mail van de leverancier als bijlage;

Gelet op het feit dat de afdeling Algemene Technische Ondersteuning in zijn brief dd. 28 augustus 2012 aangeeft dat op prijstechnisch vlak de prijsverhoging nog steeds onvoldoende gestaafd is;

Gelet op het feit dat de offerte van de nv West Construct op prijstechnisch vlak al tweemaal onvoldoende gestaafd is, heeft de aanbestedende overheid zich op basis van art. 118 van het KB van 8 januari 1996 volgens de rangschikking tot de tweede laagste regelmatige inschrijver gericht, en heeft de aanbestedende overheid de offerte van de nv West Construct als onregelmatig verworpen;

Gelet op het feit dat de aanbestedende overheid in haar brief dd. 28 augustus 2012 aan de tweede laagste regelmatige inschrijver Herbosch-Kiere nv vraagt de inschrijvingsprijzen te handhaven tot 31 oktober 2012;

Gelet op het feit dat Herbosch-Kiere nv in zijn brief dd. 6 september 2012 schrijft de inschrijvingsprijzen onvoorwaardelijk te handhaven tot 31 oktober 2012;

Gelet op het feit dat na een controle van de eenheidsprijzen gebleken is dat er geen blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheidsprijzen of totale prijzen in de offerte van Herbosch-Kiere nv zaten;

Gelet op het feit dat de offerte van Herbosch-Kiere nv voldoet aan alle andere wettelijke en reglementaire vereisten;

Gelet op het feit dat de offerte van Herbosch-Kiere nv derhalve vormelijk en inhoudelijk regelmatig is;

Gelet op het feit dat deze offerte om die reden als laagste regelmatige offerte voor goedkeuring in aanmerking komt;

Hecht ik mijn goedkeuring aan de offerte van Herbosch-Kiere nv, Haven 1558, 9130 Kallo voor een bedrag van 2.780.827,20 euro, (excl. btw) of 3.364.800,91 euro (incl. btw) voor het herstellen van de stabiliteit van een dijklichaam te Turnhout, Beerse en Brecht”.

Dit is de bestreden beslissing.

3.11. Met een aangetekend schrijven van 8 oktober 2012 wordt deze nieuwe gunningsbeslissing (inclusief gunningsverslag), conform artikel 65/8 van de wet van 24 december 1993, ter kennis gebracht van de inschrijvers, met verwijzing naar de beroepsmogelijkheden en een wachtermijn van 15 kalenderdagen. De beslissing wordt tevens per e-mailbericht van 10 oktober 2012 aan de inschrijvers verzonden.

3.12. Met een aangetekend schrijven van 16 oktober 2012 vraagt verzoekende partij, met verwijzing naar de openbaarheid van bestuur, om de mededeling van de adviezen van de afdeling Algemene Technische Ondersteuning ATO waarnaar verwezen wordt in de gunningsbeslissing van 2 oktober 2012.

Per faxbericht en aangetekend schrijven van 18 oktober 2012 van de raadsman van verzoekende partij aan verwerende partij, stelt de raadsman van de nv West Construct verwerende partij formeel in gebreke om “tot intrekking van de Beslissing over te gaan en een nieuwe beslissing te nemen om haar de opdracht te gunnen en toe te wijzen. Uw Beslissing is thans immers behept met kennelijke onwettigheden”. Voorts wordt verwerende partij ook in gebreke gesteld om beide adviezen van de afdeling Algemene Technische Ondersteuning over te maken.

Met een faxbericht en aangetekend schrijven van 22 oktober 2012 maakt verwerende partij aan de raadsman van de nv West Construct de beide adviezen van de afdeling Algemene Technische Ondersteuning over.

IV. Tussenkomst

4. De verzoekende partij tot tussenkomst 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. De schorsingsvoorwaarden

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

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

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

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

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

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

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. In een enig middel voert verzoekende partij de schending aan van “artikel 15, artikel 65/5, 6° *juncto* artikel 65/8§1, 2° van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten van aanneming van werken, leveringen en diensten; schending van artikel 110§3 en artikel 118 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; schending van het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel; schending van de eerlijke mededinging; schending van de materiële en formele motiveringsverplichting; schending van de gunningsbeslissing van 4 november 2011 zoals aan verzoekende partij meegedeeld met schrijven van 28 november 2011; schending van het beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’; [...] schending van het *fair-play* beginsel”.

Verzoekende partij betoogt dat voormelde bepalingen en beginselen werden geschonden doordat verwerende partij verzoekende partij geweerd heeft als onregelmatige inschrijver wegens een beweerd onvoldoende gestaafde prijsverhoging van de offerte na het verstrijken van de gestanddoeningstermijn en doordat zij de opdracht gegund heeft aan de tweede laagste regelmatige inschrijver, de nv Herbosch-Kiere.

Het middel wordt onderverdeeld in drie onderdelen.

6.2. In een derde onderdeel voert verzoekende partij aan dat zij naar aanleiding van het verstrijken van de gestanddoeningstermijn overeenkomstig artikel 118 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 meldde dat zij haar offerte gestand deed op voorwaarde dat een prijsverhoging van 3,20% op de posten 35, 36 en 37 zou worden toegekend nu de eerder door leverancier ArcelorMittal gegeven

prijs wegens het wegvallen van het voordeel van gebundelde projecten niet werd gehandhaafd. Zij wijst er op dat deze voorwaarde door de afdeling Algemene Technische Ondersteuning als aannemelijk is erkend en dat deze voorwaarde met het geschreven bericht van 20 augustus 2012 als voldoende bewezen moet gehouden worden.

Zij verwijst naar haar verduidelijking in haar brief van 27 juni 2012 wat de gevraagde aanpassing betreft aan de eenheidsprijzen voor de posten 35, 36 en 37 alsook naar de verklaring van ArcelorMittal van 22 augustus 2012 die beide de omstandigheid verduidelijken en bewijzen dat die een prijsverhoging verantwoordt. Verzoekende partij vordert een prijsverhoging gelijk aan de prijsverhoging die door de leverancier wordt gevorderd nu de korting wegens een groepsaankoop niet is kunnen doorgaan. Artikel 118 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 vraagt niet om andere bewijsstukken. Voorafgaand aan de bestreden beslissing heeft verwerende partij ook nooit gesteld dat het voorbrengen van de verklaring van de leverancier niet zou volstaan.

Uit de adviezen van de Afdeling Technische Ondersteuning is evenmin af te leiden waarom de verklaring van de leverancier van 20 augustus 2012 niet zou voldoen. Voor zover in de bestreden beslissing wordt verwezen naar een advies van de afdeling Algemene Technische Ondersteuning van 20 augustus 2012 is vast te stellen dat dergelijk advies nooit werd voorgelegd.

Het is verzoekende partij ook onduidelijk waar verwerende partij op doelt met de motivering dat verzoekende partij zou hebben nagelaten de offerte op prijstechnisch vlak voldoende te staven. De regelmatigheid van de offerte van verzoekende partij werd reeds vastgesteld naar aanleiding van de gunningsbeslissing van 4 november 2011 en de prijzen die werden geboden waren dus regelmatig. Bijgevolg kan verzoekende partij niet gehouden zijn om een volledige prijsverantwoording van de offerte dan wel van bepaalde posten over te maken. Dit volgt ook niet uit artikel 118 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 waarin wordt vermeld dat de inschrijver dient aan te tonen dat de prijsverhoging verantwoord wordt door omstandigheden en niet dat de prijsverhoging verantwoord wordt door een prijsverantwoording. Verzoekende partij herhaalt daarbij dat de prijsverantwoording met toepassing van artikel 110,

§ 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en de verantwoording van de prijsverhoging na het verstrijken van de gestanddoeningstermijn met toepassing van artikel 118 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 fundamenteel verschillen qua doelstelling en draagwijdte.

Beoordeling

7. Luidens artikel 15 van de wet van 24 december 1993 dient, bij openbare of beperkte aanbesteding, bij toewijzing, de opdracht te worden gegund aan de inschrijver die laagste regelmatige offerte indiende.

Artikel 118 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ bepaalt:

“Wanneer, bij openbare of beperkte aanbesteding, de betekening van de goedkeuring van de offerte niet binnen de termijn bepaald in artikel 116 is geschied is de opdracht slechts gesloten voor zover de betrokken inschrijver hiermede schriftelijk en zonder voorbehoud heeft ingestemd.

Wanneer die inschrijver zijn offerte slechts handhaaft op voorwaarde dat hij een hogere prijs krijgt, moet de aanbestedende overheid, in plaats van de procedure te herbeginnen de gevraagde prijsverhoging toestaan, indien de gevorderde verhoging verantwoord wordt door omstandigheden die zich na de opening van de offertes hebben voorgedaan en de aldus bekomen nieuwe prijs lager blijft dan die van de oorspronkelijke offertes van de mededingers.

Zo niet, mag de aanbestedende overheid:

1° hetzij zich achtereenvolgens richten, volgens de rangschikking van hun regelmatige offerte, tot de andere inschrijvers waarvan de offerte aldus lager geworden is;

2° hetzij aan al de andere inschrijvers vragen hun prijs, op grond van de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht te herzien, en de opdracht gunnen aan de laagste geworden offerte volgens de uitslag van de nieuwe prijsaanvraag, rekening houdend met de verantwoorde prijsverhoging geëist door de inschrijver waarvan sprake is in het tweede lid.

Indien de gekozen laagste inschrijver zijn offerte niet handhaaft of slechts handhaaft dan behoudens bepaalde voorwaarden, andere dan het vorderen van een prijsverhoging, richt de aanbestedende overheid zich achtereenvolgens, volgens de rangschikking van hun offertes, tot de andere inschrijvers”.

8. Te dezen werd een gunningsbeslissing genomen op 4 november 2011 waarbij de offerte van verzoekende partij werd gerangschikt als laagste regelmatige offerte. Door omstandigheden werd de gunningsbeslissing echter niet betekend aan verzoekende partij binnen de gestanddoeningstermijn van haar offerte.

Bijgevolg vroeg verwerende partij met toepassing van artikel 118 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bij brief van 9 maart 2012 aan verzoekende partij of deze haar offerte verder gestand deed, alvorens de overeenkomst voor de uitvoering van de opdracht te sluiten.

9. Krachtens het aangehaalde artikel 118 is de aanbestedende overheid verplicht de door de oorspronkelijk laagste inschrijver gevraagde prijsverhoging toe te staan, indien de verhoging verantwoord wordt door omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de opening van de offertes en de nieuwe prijs lager blijft dan die van de oorspronkelijke offertes van de mededingers.

In het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 8 januari 1996 (B.S. 26 januari 1996, 1550) wordt verduidelijkt dat volgens artikel 118, tweede lid, de aanbestedende overheid de door de regelmatige inschrijver gevraagde prijstoeslag moet toekennen, voor zover deze toeslag gerechtvaardigd is door omstandigheden die volgen op de opening van de offertes. Zo worden bijvoorbeeld die omstandigheden bedoeld die de inschrijver niet kon voorzien, en voor de gevolgen waarvan deze inschrijver niet wordt gedekt door de bepalingen van de algemene aannemingsvoorwaarden.

Voorts bepaalt artikel 118 dat het moet gaan om een prijsverhoging die “verantwoord” wordt door omstandigheden die zich voordeden na de opening van de offertes, zonder dat uitdrukkelijk wordt bepaald dat de betrokken inschrijver voor de nieuwe prijs zelf een prijsverantwoording moet leveren.

Met verwerende partij lijkt te kunnen worden aangenomen dat een aanbestedende overheid aan de betrokken inschrijver verduidelijking mag

vragen omtrent de prijsverhoging, opdat zij kan beoordelen of de prijsverhoging inderdaad betrekking heeft op omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de opening van de offertes. De aanbestedende overheid lijkt op het eerste gezicht bij die beoordeling over enige appreciatiebevoegdheid te beschikken, weze het dat in artikel 118 uitdrukkelijk wordt bepaald dat de aanbestedende overheid de prijsverhoging “moet” toestaan indien deze verantwoord wordt door omstandigheden die zich voordeden na de opening van de offertes en de betrokken inschrijver nog steeds de laagste offerteprijs biedt.

10. Te dezen lijkt te kunnen worden vastgesteld dat verzoekende partij als reden voor de door haar gevraagde prijsverhoging bij haar eerste brief van 21 maart 2012 een verhoogde prijs van haar leverancier aanvoert voor damplanken op grond van het feit dat zij door het uitblijven van de opdracht geen gebruik meer kan maken van een voordeliger tarief omwille van een gecombineerde aankoop samen met een aantal projecten van de nv Besix. Zij maakt aldus reeds melding van de prijsverhoging van de damplanken, maar vertaalt dit dan naar een algehele verhoging van haar totaalprijs met 2,02%. In tegenstelling tot wat verwerende partij doet gelden, lijkt het feit dat verzoekende partij in haar brief van 21 maart 2012 slechts gewag maakt van een stijging van de totaalprijs met 2,02% zonder in die brief te wijzen op de specifieke prijsstijging van de betreffende posten, op zich de objectiviteit van de prijsverhoging niet aan te tasten, nu haar vraag tot prijsverhoging finaal leidt tot een stijging van de totaalprijs en het de totaalprijs is die vergeleken dient te worden met de andere inschrijvingsprijzen, zodat zij zich slechts beperkte tot deze informatie.

Daarnaast lijkt deze verantwoording op het eerste gezicht gewag te maken van omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de opening van de offertes en meer bepaald een omstandigheid die verzoekende partij niet kon voorzien.

Daarnaast legt verzoekende partij na aandringen van verwerende partij, een schriftelijke verklaring voor van haar leverancier waarin wordt bevestigd dat er eerder afspraken waren gemaakt tussen de leverancier en verzoekende partij omtrent diverse projecten die in uitvoering zijn voor de nv Besix en dat de huidige opdracht niet meer als een onderdeel van de gebundelde

projecten wordt gezien zodat zij genoodzaakt zijn een prijsverhoging door te voeren van 3,2%. Verwerende partij lijkt dan ook niet te kunnen worden gevolgd waar zij doet gelden dat verzoekende partij geen enkel schriftelijk bewijs voorlegt van het feit dat de opportuniteit van de voorziene groepsaankoop is weggefallen. Het enkele feit dat de e-mail niet *in tempore non suspecto* zou zijn opgesteld, zoals verwerende partij het verwoordt, lijkt op het eerste gezicht geen voldoende overtuigend argument te zijn om aan te nemen dat de prijsverhoging niet de bedoelde omstandigheid zou zijn en dat er geen sprake kan geweest zijn van een voordeliger tarief omwille van gecombineerde projecten, welk voordeel nu zou zijn weggefallen.

Het feit dat de afdeling Algemene Technische Ondersteuning van de Vlaamse overheid anders zou hebben geadviseerd, doet hieraan niets af.

Verwerende partij lijkt dan ook op het eerste gezicht niet te kunnen worden bijgevalen waar zij betoogt dat de speculatie van verzoekende partij en het kunstmatig karakter van de ingeroepen verantwoording duidelijk blijkt uit de analyse van de briefwisseling gevoerd naar aanleiding van de door verzoekende partij gevorderde prijsverhoging.

11. Voorts lijkt te mogen worden aangenomen dat verwerende partij, wanneer haar een schriftelijk stuk van de leverancier van verzoekende partij werd bezorgd, waarin de verantwoording van verzoekende partij werd bevestigd, in de mate dat zij twijfels had bij de waarachtigheid van dit bericht, of in de mate dat zij van oordeel was dat dit bericht onvoldoende informatie bevatte om de verantwoording te beoordelen, zij als een zorgvuldige overheid verzoekende partij daaromtrent op de hoogte had moeten stellen en haar in de mogelijkheid had moeten stellen nadere bewijsstukken voor te leggen, alvorens zich op grond van artikel 118, derde lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 te richten tot de tweede gerangschikte inschrijver.

Verzoekende partij lijkt er inderdaad niet te moeten van uitgaan dat in de context van artikel 118 het voorleggen van het e-mailbericht van haar leverancier niet als een voldoende bewijs zou moeten worden beschouwd.

Aldus lijkt verwerende partij op het eerste gezicht onvoldoende aan te tonen over concrete aanwijzingen te beschikken om de verantwoording van de prijsverhoging van verzoekende partij af te wijzen en zich te richten tot de tweede laagste regelmatige inschrijver en de opdracht aldus niet toe te wijzen aan de inschrijver met de laagste offerteprijs, om reden dat deze onregelmatig zou zijn.

12. Voorts kan ook nog worden opgemerkt dat op het eerste gezicht, in tegenstelling tot wat tussenkomende partij betoogt, de rechtspraak inzake het onderzoek dat de aanbestedende overheid dient te voeren en de verantwoording die van een inschrijver mag worden verwacht bij een vermoeden van abnormale prijzen op grond van artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, niet transponeerbaar lijkt op de situatie waarbij een eerst gerangschikte inschrijver, naar aanleiding van het verstrijken van de gestanddoeningstermijn op grond van artikel 118 van het zelfde koninklijk besluit een gevraagde prijsverhoging eventueel dient te verduidelijken. Bij een prijsverantwoording in het kader van een onderzoek naar mogelijk abnormale prijzen dient de betrokken inschrijver het vermoeden te weerleggen van de abnormaliteit van zijn prijzen. Een dergelijke verantwoording lijkt op het eerste gezicht op een inschrijver een zwaardere “bewijslast” te leggen of een grondigere verantwoordingsplicht van zijn prijzen dan de eventuele verduidelijking die een laagst gerangschikte inschrijver geeft waaruit moet blijken dat hij een prijsverhoging vraagt op grond van omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de opening van de offertes, zonder dat er daarbij sprake is van enig vermoeden van abnormaliteit van de prijzen.

Uit het voorgaande blijkt dat verwerende partij geen correcte toepassing maakte van artikel 118 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 door de door verzoekende partij gevraagde prijsverhoging te weigeren en zich te wenden tot de tweede gerangschikte inschrijver en aan deze inschrijver de opdracht te gunnen.

Bijgevolg blijkt ook niet dat de opdracht werd toegewezen aan de laagste regelmatige inschrijver.

In zoverre is het middel ernstig in zijn derde onderdeel.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Herbosch-Kiere 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 2 oktober 2012 van de nv De Scheepvaart om de offerte van de nv West Construct voor de overheidsopdracht “Kanaal Dessel-Turnhout-Schoten / Gemeenten Turnhout, Beerse en Brecht / Herstellen stabiliteit dijklichaam te Turnhout, Beerse en Brecht”, bijzonder bestek nr. WBK-BB8012, te weren, alsook om deze opdracht toe te wijzen aan de nv Herbosch-Kiere en niet aan de nv West Construct.

3. 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 22 november 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest