

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 224.367 van 15 juli 2013
in de zaak A. 209.159/XII-7391**

In zake: de NV ARTES DEPRET
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jozef Timmermans
kantoor houdend te 9000 Gent
Recollettenlei 9
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo en Jochen Honnay
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
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 Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 juni 2013, strekt tot de schorsing
bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van

- “• De beslissing om de offerte van de nv Artes Depret onregelmatig te bevinden en te weren, zoals blijkend uit het Aanbestedingsverslag d.d. 11 april 2013 en het aangetekend schrijven d.d. 29 mei 2013 van de

afdeling Maritieme Toegang van het departement Mobiliteit en Openbare Werken; en

- De beslissing d.d. 23 mei 2013 van de heer Secretaris-Generaal van het departement Mobiliteit en Openbare werken om de overheidsopdracht voor aanneming van werken ‘Haven van Oostende – OW-plan – Havendammen – Afwerking wegenis’ met bestek 16EF/2012/17, te gunnen aan de nv Herbosch-Kiere”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 28 juni 2013 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 9 juli 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jozef Timmermans, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Frank Judo, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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. Verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp: “Haven van Oostende OW-plan – Havendammen – Afwerken wegenis”. De werken worden in het Bulletin der Aanbestedingen als volgt beschreven:

“Plaatsen van kroonbalk in beton (hoogte 2m) en een rijweg van 7m breedte en 1m dikte in beton op de oostelijke en westelijke havendam. Totale lengte van de wegenis is ongeveer 1,5km. Aanvullen van de dam met stortsteen en HARO-blokken. Uitbraak betonverharding Halve Maandijk en uitgraven zanddepot Halve Maandijk”.

Als gunningswijze wordt gekozen voor de openbare aanbesteding.

De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek nr. 16EF/2012/17. De totale uitgave voor de opdracht wordt geraamd op 9.792.832,90 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 24 december 2012 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 29 december 2012.

3.3. In het bijzonder bestek wordt inzake de verzekering van tienjarige aansprakelijkheid het volgende bepaald:

“II.A. GEDEKTE RISICO’S

Deze verzekering zal dekking verlenen voor:

II.A.1.

De tienjarige aansprakelijkheid volgens art. 1792 en 2270 van het Burgerlijk Wetboek;

II.A.2.

De extra-contractuele aansprakelijkheid volgens art. 1382 tot en met 1386 van het Burgerlijk Wetboek voor schade tengevolge van een onder II.A.1. schadeverwekkende gebeurtenis;

II.A.3.

De schade aan gedeelten van het bouwwerk die niet onder de technische controle stonden en van andere goederen van de aanbestedende overheid

voor zover die schade een gevolg is van een verzekerde schade onder II.A.1.;

II.A.4.

Burenhinder volgens art. 544 van het Burgerlijk Wetboek voor schade tengevolge van een onder II.A.1. schadeverwekkende gebeurtenis. Deze verzekering zal uitwerking hebben in eerste rang en de dekking gaat in vanaf de voorlopige oplevering.

II.B. VERZEKERDE KAPITALEN

[...]”.

3.4. Aangaande de bij de offerte te voegen bescheiden is het volgende te lezen:

“Afgezien van de documenten gevraagd bij de selectie en/of gunning dienen bij de offerte volgende bescheiden te worden gevoegd:

[...]

4. het document en de afzonderlijke prijsberekening bedoeld in artikel 30, tweede lid, 1° en 2°, van het KB van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen, met name:

- een document dat verwijst naar het veiligheids- en gezondheidsplan en waarin de inschrijver beschrijft op welke wijze hij het bouwwerk zal uitvoeren om rekening te houden met dit veiligheids- en gezondheidsplan;
- een afzonderlijke prijsberekening in verband met de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en -middelen.

- Antwoorden op de open vragenlijst van het VGPD Deel B – Deel 3 Risicoanalyse – betreffende de veilige uitvoeringswijzen t.b.v. de inschrijvers, kan de aannemer een document terugvinden die aangeeft welke informatie er verlangd wordt in het kader van artikel 30 van het KB van 25 januari 2001.

Het bijvoegen van deze documenten is essentieel voor de beoordeling van de offerte”.

3.5. De opening van de offertes vindt plaats op 15 februari 2013. Er werden acht offertes ingediend, waaronder die van verzoekende partij en deze van de nv Herbosch-Kiere (verzoekende partij tot tussenkomst).

3.6. In het verslag van 22 februari 2013 van de veiligheidscoördinator getiteld ‘Overeenstemming prijsofferte met vgp conform artikel 30 – 16EF/2012/17 ‘Afwerking dammen Oostende’ wordt inzake de offerte van verzoekende partij tot tussenkomst het volgende vastgesteld:

“Artikel 30,1°:

De vragenlijst uit het VGP-Deel B werd volledig ingevuld.

Er zijn hierbij geen niet-overeenstemmingen vast te stellen met het VGP van de vco.

Voor de start van de werken zullen nog bijkomende specifieke risicoanalyses dienen voorgelegd te worden.

Artikel 30,2°:

De aannemer geeft een afzonderlijke prijs (39.753€) op voor de werkzaamheden betreffende de door het VGP bepaalde preventiemaatregelen en –middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en –middelen.

Aangezien er geen afzonderlijke posten werden opgenomen in de meetstaat, dient deze kostprijs verrekend te zijn in de inschrijving”.

3.7. Bij een ter post aangetekende brief van 25 februari 2013 vraagt verwerende partij dat verzoekende partij een schriftelijke verantwoording verstrekt van de opgegeven eenheidsprijzen en totaalprijs voor “post 25 - b11.52.71 – ‘Verzekering Tienjarige aansprakelijkheid”.

Bij een ter post aangetekende brief van 7 maart 2013 geeft verzoekende partij de gevraagde prijsverantwoording.

3.8. Aan de andere inschrijvers wordt bij ter post aangetekende brief van 12 maart 2013 dezelfde prijsverantwoording gevraagd.

Onder meer verzoekende partij tot tussenkomst geeft haar prijsverantwoording met een ter post aangetekende brief van 25 maart 2013.

3.9. In het aanbestedingsverslag van 11 april 2013 is aangaande het onderzoek naar de regelmatigheid het volgende te lezen:

“E.1.

In toepassing van artikel 110 paragraaf 3 van het KB van 08/01/1996, werd op 25 februari 2013 prijsverantwoording gevraagd per aangetekende brief aan de laagste inschrijver Depret nv omtrent de inschrijvingsprijs voor post 25 – ‘b11.52.71 -Verzekering tienjarige aansprakelijkheid’. Vergelijking van de inschrijvingsprijs van Depret nv met de inschrijvingsprijzen van de andere inschrijvers toont hier namelijk dat de inschrijvingsprijs van Depret nv 75% goedkoper is dan de gemiddelde inschrijvingsprijs, 56% goedkoper is dan de tweede goedkoopste inschrijvingsprijs voor deze post en 91% goedkoper is dan de hoogste inschrijvingsprijs voor deze post.

Op 8 maart 2013 werd de prijsverantwoording van inschrijver Depret nv voor deze post ontvangen door de aanbestedende overheid.

Uit de prijsverantwoording blijkt dat Depret nv slechts 3.073.851,78 EUR (excl. btw) aan gecontroleerde werken verzekert, waar de inschrijvingsprijs van Depret nv voor het totale bestek 7.737.727,75 EUR, btw niet inbegrepen is. Het door Depret nv verzekerde bedrag komt overeen met enkel de posten uit deel 5 van de samenvattende opmetingsstaat 'Realiseren van de afwerking van de dam'. Onderdelen die niet verzekerd worden door Depret nv zijn o.a. de constructie van de prefab kroonbalkelementen en verankeringsstanden.

De aanbestedende overheid beschouwt het aangaan van de 10-jarige verzekering voor de volledige afwerking van de havendammen als essentieel, aangezien net de goede afwerking van de dammen de stabiliteit van het geheel bepaalt: het bezwijken van de kruin van de dam impliceert veelal het volledig bezwijken van de dam. Het belang van de geometrie en goede uitvoering van de kruin van de dam werd duidelijk aangetoond in de stabiliteitsstudies uitgevoerd door Universiteit Gent die ter inzage lagen bij de aanbestedende overheid.

De aanbestedende overheid stelt vast dat de inschrijving van Depret nv voor post 25 – 'b11.52.71 - Verzekering tienjarige aansprakelijkheid' afwijkt van de besteksbepalingen.

In het bestek staat onder artikel 38 van de AAV, onder de beschrijving van de verzekering 10-jarige aansprakelijkheid, verzekerde kapitalen, onder andere het volgende (zie pagina 40):

'II.B. VERZEKERDE KAPITALEN

Behoudens andersluidende bepalingen in de aanbestedingsdocumenten zijn de verzekerde kapitalen gelijk aan:

II.B.1.

Het eindbedrag (excl. B.T.W, in de mate dat van aftrekbaarheid) van de gecontroleerde werken, incl. studie- en toezichtskosten. De studie en toezichtskosten worden geraamd op 215.000 EUR.'

en verder op dezelfde pagina:

'II.D. CONTROLE

De aanbestedende overheid sluit de controleovereenkomst af met het controleorganisme.

De gecontroleerde posten zijn alle posten met betrekking tot de afwerking van de havendammen. Het controleorganisme is SECO, Aarlenstraat 53 – B-1040 Brussel.

De aannemer onderwerpt zich aan de technische controle en staat de afgevaardigden van het controleorganisme bij tijdens het vervullen van hun opdracht.'

Bovenvermelde bestekstekst strekt ertoe alle werken van dit bestek te controleren (en verzekeren in de 10-jarige aansprakelijkheid), aangezien het bestek net de afwerking van de havendammen omvat. Dit staat ook zo omschreven op pagina 2 van het bestek voorwerp en beschrijving van de opdracht: 'De uit te voeren werken bestaan uit de afwerking van de oost- en westdam', waarna alle werken zoals opgenomen in de volledige samenvattende meetstaat samengevat worden.

Om zich te vergewissen van de duidelijkheid van het bestek hieromtrent, werd door de aanbestedende overheid ook aan alle andere inschrijvers gevraagd om prijsverantwoording te geven omtrent hun inschrijvingsprijs voor post 25 – ‘b11.52.71 - Verzekering tienjarige aansprakelijkheid’.

Vijf van de zes inschrijvers bezorgden een prijsverantwoording aan het bestuur voor deze post. Uit deze prijsverantwoordingen is telkenmale ondubbelzinnig af te leiden dat de inschrijver zich weldegelijk voor alle uit te voeren werken binnen onderhavige opdracht verzekerd heeft.

Dit onderstreept dat de bepalingen van het bestek ondubbelzinnig zijn betreffende de te verzekeren werken in de 10-jarige verzekering.

De aanbestedende overheid concludeert hieruit dat de inschrijving van Depret nv voor de post 25 – ‘b11.52.71 Verzekering tienjarige aansprakelijkheid’ niet voldoet aan de besteksbepalingen.

De inschrijving van Depret nv wordt bijgevolg als onregelmatig en derhalve onbestaande beschouwd voor de verdere beoordeling.

E.2.

In toepassing van artikel 110 paragraaf 4 van het KB van 08/01/1996, werd berekend dat de offerte van de nv. Herbosch-Kiere niet dient nagezien te worden op een abnormaal karakter van de prijs.

Besluit regelmatigheid

Alle ontvangen offertes zijn regelmatig, behalve de offerte ingediend door Depret NV”.

3.10. Wat betreft de veiligheid is in het aanbestedingsverslag het volgende opgenomen:

“De veiligheidscoördinator bvba COOR heeft advies gegeven op 22 februari 2013. Het advies is terug te vinden in bijlage bij dit verslag.

Voor geen enkele aannemer werden niet-overeenstemmingen vastgesteld met het veiligheids- en gezondheidsplan van de veiligheidscoördinator.

Door de inschrijvers Herbosch-Kiere nv, MBG, THV Besix - West Construct, THV Van Huele - Soetaert en Van Laere zullen - indien de laagste regelmatige inschrijver - nog bijkomende specifieke werkmethodes en/of risico-analyses dienen voorgelegd te worden voor de start van de werken”.

3.11. In het aanbestedingsverslag wordt bepaald dat verzoekende partij tot tussenkomst de laagste regelmatige offerte heeft ingediend en wordt dan ook voorgesteld om de opdracht aan haar toe te wijzen.

3.12. Bij beslissing van 23 mei 2013 van het departement Mobiliteit en Openbare Werken wordt de overheidsopdracht gegund aan verzoekende partij tot tussenkomst. Dit is de bestreden beslissing.

3.13. Bij een ter post aangetekende brief van 29 mei 2013 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht van de bestreden beslissing.

IV. Tussenkoms

4. 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. 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’ nog 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.

VI. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting

6. In een enig middel voert verzoekende partij de schending aan van “artikel 15 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten”, “artikel 110, § 2, van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en concessies voor openbare werken”, “het materieel motiveringsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het zuinigheidsbeginsel en het rechtsbeginsel *patere legem quam ipse fecisti*”.

Uiteenzetting van het eerste onderdeel

7.1. In een eerste onderdeel betoogt verzoekende partij dat de in het enige middel ingeroepen bepalingen en beginselen werden geschonden:

“Doordat, Verwerende Partij de offerte van Verzoekende Partij onregelmatig bevond en uit de gunningsprocedure sloot op basis van het kernmotief dat punt II.B.1 juncto punt II.D. CONTROLE van artikel 38 van het Bestek ertoe strekt ‘alle werken van dit bestek te controleren (en verzekeren in de 10-jarige aansprakelijkheid)’.

[...]

Terwijl, punt II.B.1 juncto punt II.D. CONTROLE van artikel 38 van het Bestek duidelijk bepaalt dat ‘alle posten met betrekking tot de afwerking van de havendammen’ te controleren en in de tienjarige aansprakelijkheid te verzekeren zijn, de notie ‘posten’ onlosmakelijk verbonden is met de samenvattende meetstaat, en in de meetstaat enkel naar de afwerking van de havendammen wordt verwezen onder hoofdstuk 5 dat als ‘het realiseren van de afwerking van de dam’ wordt betiteld;

Terwijl, de bepaling van voormeld punt II.D. CONTROLE volledig in de lijn ligt van vroegere bestekken van Verwerende Partij, waarin telkenmale de te controleren en decennaal te verzekeren posten van de samenvattende opmetingsstaat *nominatim* en precies werden aangeduid;

Terwijl, de verwijzing naar artikel 1.2 van het Bestek niet dienstig is, omdat, enerzijds, de bewuste besteksbepalingen inzake de tienjarige aansprakelijkheidsverzekering niet naar dit artikel maar wel naar ‘posten’ verwijzen en, anderzijds, onder dit artikel evenmin ‘alle werken zoals opgenomen in de volledige samenvattende meetstaat samengevat worden’; Terwijl, ook het Bestek als dusdanig niet als de ‘afwerking van de havendammen’ is betiteld, maar wel als ‘Afwerking wegenis’”.

Beoordeling van het eerste onderdeel

7.2. De verzekerde kapitalen van de verzekering van tienjarige aansprakelijkheid zijn volgens het bestek gelijk aan het “eindbedrag (excl. btw in de mate dat van aftrekbaarheid) van de gecontroleerde werken, incl. studie- en toezichtskosten”.

Wat betreft de controle is in het bestek het volgende te lezen:

“De gecontroleerde posten zijn alle posten met betrekking tot de afwerking van de havendammen. [...]”.

7.3. Verzoekende partij werpt op dat wat betreft de verzekerde kapitalen in het bestek wordt bepaald dat die gelijk zijn aan het eindbedrag van de “gecontroleerde werken” die worden gedefinieerd als “alle posten met betrekking tot de afwerking van de havendammen”. Volgens verzoekende partij kan dit enkel slaan op de posten onder ‘Realiseren van de afwerking van de dam’ in de beschrijvende opmetingsstaat. Hiermee lijkt verzoekende partij de afwerking van de havendammen te beperken en al wat dient om af te werken van de verzekerde kapitalen lijkt uit te sluiten, zoals onder meer de uitbouw en het profileren van de havendammen (opgenomen in de beschrijvende opmetingsstaat als een aparte post) en het realiseren van de aansluiting tussen het Zeeheldenplein en de Westdam (ook een aparte post) waarin onder meer het inbrengen van een stalen damwand is voorzien. Bovendien wordt in het bestek, voor wat betreft de identificatie van de bouwplaats, de aard van de werkzaamheden omschreven als: “OW-plan – Afwerking havendammen”, wat overeenstemt met het voorwerp en beschrijving van de opdracht zoals opgenomen in de algemene bepalingen van het bestek: “De uit te voeren werken bestaan uit de afwerking van de oost- en westdam”.

Ook het gegeven dat in de technische bepalingen van het bestek uitvoeriger dan in de algemene bepalingen van het bestek wordt omschreven wat de uit te voeren werken omvatten voor wat respectievelijk de oost- en de westdam betreft, en dat in de titel van het bestek tevens wordt verwezen naar de afwerking van het wegnnet, maakt op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de “gecontroleerde werken” vooralsnog enkel zouden slaan op de posten opgenomen onder ‘Realiseren van de afwerking van de dam’ in de beschrijvende opmetingsstaat.

7.4. Tevens lijkt verzoekende partij geen rechten te mogen putten uit het feit dat verwerende partij bij andere opdrachten “telkenmale de te controleren en decennaal te verzekeren posten van de samenvattende opmetingsstaat nominatim en precies werden aangeduid”, omdat het *in casu* gaat om een onderscheiden opdracht met een andere omschrijving van het voorwerp en van de gecontroleerde posten.

7.5. Het middelonderdeel is niet ernstig.

Uiteenzetting van het tweede onderdeel

8.1. In een tweede onderdeel betoogt verzoekende partij dat de in het enige middel ingeroepen bepalingen en beginselen werden geschonden:

“Doordat Verwerende Partij de bepalingen van punt II.B.1 juncto punt II.D. CONTROLE van artikel 38 van het Bestek in hun lezing dat ‘alle werken van dit bestek te controleren (en verzekeren in de 10-jarige aansprakelijkheid) [zijn]’, als ‘essentiële besteksbe­palingen’ kwalificeert.
[...]

Terwijl, dubbelzinnige besteksbe­palingen, zoals *in casu*, nooit essentiële besteksbe­palingen, waarvan het afwijken onvermijdelijk tot gevolg moet hebben dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, kunnen uitmaken”.

Beoordeling van het tweede onderdeel

8.2. Verzoekende partij beweert dat “de bewuste besteksbe­palingen dubbelzinnig en voor interpretatie vatbaar zijn” en zij verwijst hierbij naar het

arrest nr. 199.713 van 21 januari 2010 van de Raad van State. Dit arrest lijkt echter niet dienstig te kunnen worden ingeroepen aangezien het een zaak beslecht waar verscheidene inschrijvers zich vooraf lijken te hebben geïnformeerd bij de aanbestedende instantie wegens de dubbelzinnigheid van een bepaald punt van het bestek, terwijl *in casu* geen enkele inschrijver, inbegrepen verzoekende partij, zich vooraf bij verwerende partij heeft geïnformeerd en enkel verzoekende partij er een andere interpretatie op nahield.

Zoals blijkt uit de beoordeling van het eerste onderdeel, lijkt verzoekende partij niet aannemelijk te maken dat de “gecontroleerde werken” enkel slaan op de posten opgenomen onder ‘Realiseren van de afwerking van de dam’ in de beschrijvende opmetingsstaat, waardoor op het eerste gezicht niet kan worden aangenomen dat de bewuste besteksbe­paling dubbelzinnig is.

8.3. Het middelonderdeel is niet ernstig.

Uiteenzetting van het derde onderdeel

9.1. In een derde onderdeel betoogt verzoekende partij dat de in het enige middel ingeroepen bepalingen en beginselen werden geschonden:

“Doordat Verwerende Partij de besteks­bepalingen van punt II. ‘Verzekering van tienjarige aansprakelijkheid’ als ‘essentieel’ kwalificeerde.

[...]

Terwijl, Post 25 – ‘Verzekering Tienjarige Aansprakelijkheid’ van de samenvattende meetstaat en de prijs die Verzoekende Partij hiervoor heeft opgegeven, geen enkele invloed heeft op de rangschikking van de offertes; meer nog Verwerende Partij voor een betwisting over de interpretatie van een besteks­bepaling die een maximale waarde van 18.275,00 EUR vertegenwoordigt, de opdracht gunt aan een 213.194,73 EUR duurdere inschrijver;

Terwijl, Verzoekende Partij zich geenszins de mogelijkheid heeft verschaft de werken minder goed uit te voeren en Verwerende Partij uiteraard de volledige controle over de uitvoering van de werken behoudt, nu zij zelf de overeenkomst met het controleorganisme sluit en het bijgevolg aanstuurt; Terwijl, Verwerende Partij de opdracht gunt aan een inschrijver die door het Bestek uitdrukkelijk ‘als essentieel voor de beoordeling van de offerte’ gekwalificeerde documenten niet bij zijn offerte voegde;

Terwijl, Verzoekende Partij in haar offerte geenszins afbreuk deed aan of niet het minste voorbehoud formuleerde met betrekking tot haar tienjarige aansprakelijkheid voor de uitgevoerde werken overeenkomstig artikel 1792 en 2270 van het Burgerlijk Wetboek;

Terwijl, de bepalingen van punt II ‘Verzekering van Tienjarige Aansprakelijkheid’ van artikel 38 van het Bestek geenszins bepalingen zijn omtrent de wijze waarop prijsopgave diende te gebeuren, evenmin als bepalingen inzake de uitvoeringstermijn of technische specificaties;

Terwijl, de besteksbepalings inzake de tienjarige aansprakelijkheidsverzekering geen aanwijzing bevatten dat zij als essentieel dienen aangemerkt te worden;

Terwijl, niettegenstaande verwerende partij poneert dat alle werken van de volledige samenvattende meetstaat in de tienjarige aansprakelijkheid verzekerd dienen te worden, niet al deze werken verzekeraar zijn;

Terwijl, nu vastgesteld dient te worden dat de voorafgaande werken inzake de verdere uitbouw van de havendammen nog steeds niet verzekerd zijn, de naleving en de toepassing van de besteksbepalings inzake de tienjarige aansprakelijkheidsverzekering per definitie precair zijn, want afhankelijk van de vraag of uiteindelijk de havendammen als dusdanig decennaal verzekeraar zullen blijken”.

Beoordeling van het derde onderdeel

9.2. Artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ luidt als volgt:

“Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalings zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”.

In het voormelde artikel 89 wordt verwezen naar de “essentiële voorwaarden van de opdracht zoals prijzen, termijnen, technische specificaties”.

9.3. Verzoekende partij beweert dat de betwisting inzake post 25 ‘Verzekering Tienjarige aansprakelijkheid’ slechts een maximale waarde van 18.275 euro vertegenwoordigt en “indien Verwerende Partij de opdracht aan Verzoekende Partij had gegund en vervolgens, ofwel Verzoekende Partij het bevel

zou gegeven hebben om ‘alle werken van het bestek’ in de tienjarige aansprakelijkheid te verzekeren, ofwel zelf een dergelijke verzekering zou onderschreven hebben, verzoekende partij, bij het verrekenen van 18.275,00 euro in meer, nog steeds 194.919,73 euro goedkoper zou zijn geweest dan de inschrijver waaraan de opdracht thans wordt gegund”. Uit de als vertrouwelijke stukken neergelegde offertes van verzoekende en tussenkomende partij, die de Raad van State in zijn beoordeling mag betrekken, blijkt evenwel het prijsverschil op post 25 aanmerkelijk meer te bedragen dan de door verzoekende partij aangehaalde 18.275 euro, waardoor deze grief feitelijke grondslag lijkt te missen.

Geheel ten overvloede kan nog worden opgemerkt, wat de opgeworpen schending van het zuinigheidsbeginsel betreft, dat kan worden volstaan met de vaststelling dat dit beginsel lijkt samen te vallen met de wettelijke verplichting vervat in artikel 15 van voormelde wet van 24 december 1993. Volgens die bepaling dient bij openbare aanbestedingen de opdracht te worden gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indient. Die bepaling belet niet dat de opdracht niet aan een nog lagere inschrijver wordt gegund wanneer die geen regelmatige offerte heeft ingediend.

9.4. Tevens lijkt de bewering dat verzoekende partij zich geenszins de mogelijkheid heeft verschaft de werken minder goed uit te voeren en dat “besteksbepalingen inzake de tienjarige aansprakelijkheidsverzekering geen enkele invloed hebben op de mededinging en de vergelijkbaarheid van de offertes” niet te kunnen worden bijgevallen. Zo is het voor de in het geding zijnde opdracht een besteksvereiste dat de verzekerde kapitalen gelijk zijn aan het eindbedrag van de gecontroleerde werken en dus alle posten met betrekking tot de afwerking van de oost- en westdam inhouden. Indien de verzekerde kapitalen lager zijn dan het voormelde eindbedrag is er aldus onmiskenbaar een invloed op de prijs voor de betrokken post en dan lijkt, in tegenstelling tot wat verzoekende partij beweert, de vergelijkbaarheid van de offertes wel degelijk in het gedrang te komen, omdat de prijs voor de verzekering van de tienjarige aansprakelijkheid van een gedeelte van de werken lager zal zijn dan de prijs voor de verzekering van het geheel van de gecontroleerde werken, wat dan weer het standpunt dat het gaat om een essentiële besteksbepaling lijkt te ondersteunen.

Bovendien wekt verzoekende partij met haar handelwijze minstens de indruk niet in staat te zijn te voldoen aan het besteksvereiste van de tienjarige aansprakelijkheidsverzekering voor het eindbedrag van de gecontroleerde werken, wat twijfel doet ontstaan over de inhoud van haar verbintenissen, des te meer omdat zij in haar verzoekschrift lijkt aan te geven dat zij niet in staat is het eindbedrag van de gecontroleerde werken te laten verzekeren en dit in tegenstelling tot tussenkomende partij.

Hieraan kan nog worden toegevoegd dat, indien verzoekende partij bij het opstellen van haar offerte oordeelde dat de afwerking van de havendammen niet het voorwerp kon uitmaken van een verzekering van de tienjarige aansprakelijkheid, zij, overeenkomstig artikel 98 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, de aanbestedende overheid van deze vergissing, die het haar onmogelijk maakt een prijs voor de verzekerde kapitalen te berekenen, onverwijld op de hoogte diende te brengen. Verzoekende partij blijkt zulks niet te hebben gedaan, maar heeft zonder meer besloten om een offerte in te dienen, gesteund op een eigen interpretatie van het bestek.

Op het eerste gezicht mocht de aanbestedende overheid in die omstandigheden de offerte van verzoekende partij op dit punt en zonder schending van de in het enige middel aangehaalde bepalingen en beginselen als onregelmatig aanzien.

9.5. Wat ten slotte de vergelijking betreft met de offerte van tussenkomende partij waarbij volgens verzoekende partij documenten niet waren bijgevoegd die essentieel waren voor de beoordeling van de offertes, wordt in het bestek bepaald welke bescheiden bij de offerte moeten worden gevoegd:

- (1) een document dat verwijst naar het veiligheids- en gezondheidsplan en waarin de inschrijver beschrijft op welke wijze hij het bouwwerk zal uitvoeren om rekening te houden met dit veiligheids- en gezondheidsplan;
- (2) een afzonderlijke prijsberekening in verband met de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en -middelen, inbegrepen de buitengewone individuele beschermingsmaatregelen en -middelen;

(3) antwoorden op de open vragenlijst van het VGPDeel B – Deel 3 Risicoanalyse.

Uit de offerte van tussenkomende partij blijkt evenwel dat voormelde documenten inzake het veiligheids- en gezondheidsplan werden voorgelegd. Het uitgangspunt van de grief, namelijk dat tussenkomende partij documenten die het bestek “uitdrukkelijk als ‘essentieel voor de beoordeling van de offerte’” kwalificeert, niet bij de offerte voegde, lijkt dan ook niet te kunnen worden bijgevalen, waardoor de grief feitelijke grondslag lijkt te missen.

Geheel ten overvloede kan nog worden opgemerkt dat het niet is omdat bepalingen inzake het veiligheids- en gezondheidsplan als essentieel worden beschouwd, dat de bepalingen inzake de tienjarige aansprakelijkheidsverzekering niet als zodanig zouden mogen worden beschouwd.

9.6. Het middelonderdeel is niet ernstig.

VII. Besluit

10. Het enige middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Herbosch-Kiere 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 15 juli 2013,
door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silvan De Clercq,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silvan De Clercq

Dierk Verbiest