RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 226.692 van 11 maart 2014
in de zaak A. 211.596/XII-7583

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

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Judo
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV WEST CONSTRUCT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 februari 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

> " De beslissing van [het Vlaamse Gewest] om de offerte van [de NV Artes Depret] niet regelmatig te beschouwen en bijgevolg niet te weerhouden, zoals blijkend uit het uittreksel uit het gunningsverslag d.d. 5 december 2013, […]; en

De beslissing van [het Vlaamse Gewest] om de opdracht te gunnen aan de nv West Construct", en zulks
"in het kader van de openbare aanbesteding tot gunning van de overheidsopdracht voor aanneming van werken "Nieuwpoort – Renovatie en herbouwen glooiing Ganzepoot".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 19 februari 2014 heeft de nv West Construct gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 maart 2014, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jos Timmermans, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Frank Judo, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Joris Wouters, die verschijnt 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. Het agentschap voor Maritieme dienstverlening en Kust, afdeling Kust van het Vlaams Gewest schrijft een overheidsopdracht uit voor

werken “Nieuwpoort – Renovatie en herbouwen glooiing Ganzepoot”. De opdracht wordt gegund met de procedure van de open aanbesteding.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 1 oktober 2013.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bestek met als referentie nr. 16EH/12/42 “Nieuwpoort: Renovatie en herbouwen glooiing Ganzepoot”.

De opdracht wordt als volgt omschreven in het bestek:

> “ De werken omvatten in hoofdzaak:
> - Het renoveren van een glooiing
> - Het afbreken van een glooiing
> - Het realiseren/profileren van een nieuwe glooiing met aanvullingsmateriaal
> - Het opnieuw bouwen van een glooiing door middel van het uitvoeren van een plaat uit gewapend beton
> - Het voorzien van een bekleding uit natuursteen”.

3.3. Er worden verschillende terechtwijzende berichten gepubliceerd. Voor huidig geschil is voornamelijk het terechtwijzend bericht nummer 4 dat op 29 oktober 2013 in het Bulletin der Aanbestedingen werd gepubliceerd, van belang.

3.4. Op 14 november 2013 vindt de openingszitting plaats. Er blijken zeven offertes te zijn ingediend, aan volgende bedragen, btw inbegrepen:

1.	de nv Herbosch-Kiere	628.916,86 euro,
2.	de nv Artes Depret	699.346,24 euro,
3.	de nv M&J Braet	714.677,97 euro,
4.	de nv West-Construct	725.988,95 euro,
5.	de nv AO Soetaert	827.060,75 euro,
6.	de nv Van Huele Gebroeders	1.160.367,58 euro,
7.	de nv Stadsbader	1.470.266,22 euro.

3.5. Bij schrijven van 20 november 2013 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij een prijsverantwoording voor een aantal posten. Er wordt ook een prijsverantwoording gevraagd aan onder meer de nv Herbosch-Kiere en aan de gekozen inschrijver nv West-Construct.

Bij e-mail van 26 november 2013 geeft de verzoekende partij haar prijsverantwoording voor de gevraagde posten.

3.6. Op 5 december 2013 wordt een gunningsverslag opgesteld. Alle inschrijvers worden geselecteerd. Met betrekking tot het onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes wordt vastgesteld dat de offertes van onder meer de drie laagste inschrijvers (de nv Herbosch-Kiere, de nv Artes-Depret en de nv M&J Braet) onregelmatig zijn.

Ten aanzien van de offerte van de verzoekende partij wordt in het kader van het nazicht van de prijsverantwoording het volgende opgemerkt:

> "4. Prijsonderzoek
> […]
> Besluit: uit de prijsverantwoording blijkt de offerte van Artes Depret nv alsnog een voorbehoud te bevatten. De inschrijver weigert immers de uitvoering van de opdracht volgens de voorschriften van het bestek waardoor hij zichzelf een voordeel bedingt dat andere inschrijvers niet hebben. Gegeven dat dit voorbehoud betrekking heeft op een essentieel onderdeel van de opdracht, wordt de offerte als substantieel onregelmatig aangemerkt en uit de verdere procedure geweerd."

In het gunningsverslag wordt voorts vastgesteld dat de nv West Construct de laagste regelmatige offerte indiende. Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan deze inschrijver voor een bedrag van 725.988,95 euro.

3.7. Op 17 december 2013 beslist de administrateur-generaal van het agentschap voor Maritieme Dienstverlening en Kust, afdeling Kust, om de opdracht te gunnen aan de nv West Construct.

3.8. Bij aangetekend schrijven van 24 januari 2014 wordt aan de verzoekende partij kennis gegeven van de bestreden beslissing. Hierbij wordt een uittreksel uit het gunningsverslag gevoegd.

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. Regelmatigheid van de rechtspleging

5. De verzoekende partij dient op 3 maart 2014 per faxbericht een pleitnota in met een bijkomend stuk 9.

Deze werden niet elektronisch ingediend. Nochtans heeft de verzoekende partij gekozen voor de elektronische procesvoering. De verzoekende partij maakt in haar begeleidend schrijven van 3 maart 2014 echter melding van het feit dat zij "[haar] bijkomend stuk 9 ogenschijnlijk niet meer kan bijvoegen bij het elektronisch dossier via e-ProAdmin, [zodat zij] beide via klassieke weg van aangetekend schrijven en fax [bezorgt]".

Wat betreft het nieuwe stuk 9 kan worden verwezen naar artikel 85*bis*, § 14, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 'tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State' dat ingevolge artikel 2 van het koninklijk besluit van 5 december 1991 'tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State' te dezen van toepassing is en waarin wordt bepaald dat in het geval dat de informaticamiddelen van een partij die gebruik maakt van de elektronische procesvoering tijdelijk onbeschikbaar zijn, elk stuk met de post overeenkomstig artikel 84 of per faxbericht naar de Raad van State kan worden gestuurd. Voorts betreft het een stuk dat dateert van na het indienen van het verzoekschrift en dus

nog niet ter gelegenheid van het indienen van het verzoekschrift kon worden neergelegd.

Ten aanzien van de pleitnota dient te worden opgemerkt dat de procedureregeling niet voorziet in de neerlegging van pleitnota's, zodat deze in principe geen formeel antwoord behoeft. Het is de partijen echter wel toegestaan om op die wijze nieuwe feiten, die een invloed kunnen hebben op de beoordeling van het beroep, aan de Raad van State ter kennis te brengen. In zoverre mag de pleitnota met het nieuw bijgevoegde stuk in de beoordeling worden betrokken. Aangezien hetgeen in de pleitnota is verwoord mondeling niet is herhaald zal de pleitnota te dezen in de beoordeling worden betrokken, als ware deze de neerslag van een mondelinge uiteenzetting.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

6.1. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering en werpt daartoe een exceptie op.

6.2. Er bestaat vooralsnog geen noodzaak om over deze exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zouden alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VII. De schorsingsvoorwaarden

7.1. Overeenkomstig het op deze zaak nog toepasselijke 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 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Luidens artikel 15, eerste lid, van de voornoemde wet van 17 juni 2013 is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

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

Overeenkomstig artikel 31 van dezelfde wet 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.

VIII. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting

8. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 95, eerste, derde en vierde lid van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 betreffende de plaatsing de overheidsopdrachten in de klassieke sectoren; schending van artikel 21 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, schending van het materieel motiveringsbeginsel”.

Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

"Doordat, de verwerende partij besloot de offerte van de verzoekende partij als substantieel onregelmatig uit de gunningsprocedure te sluiten, waaromtrent in het aan de verzoekende partij overgemaakte 'uittreksel' uit het gunningsverslag volgende motivering wordt opgenomen: […]
Doordat, het kernmotief voor het onregelmatig verklaren van de offerte van de verzoekende partij aldus is dat de verwerende partij van oordeel is dat 'duidelijk vermeld is in het bestek dat de uitvoering dient te gebeuren van op het water'.
Terwijl, in de technische bepalingen van het bestek nergens een algemene verplichting staat tot het uitvoeren van de werken van op het water;
Terwijl, specifiek voor de werken van artikel 1399.10002 'Aanleggen van bekleding van glooiing met natuursteen' (post 30) of de werken van artikel 2531.10131 'werkvloeren in beton' (post 36) evenmin een verplichting tot uitvoering van deze werken van op het water is opgenomen;
Terwijl, wanneer bepaalde werken verplicht vanop het water dienen uitgevoerd te worden, dit uitdrukkelijk in de technische bepalingen van het bestek wordt vermeld, waaruit a contrario moet afgeleid worden dat voor de werken waarvoor de technische bepalingen deze uitvoeringswijze niet opleggen, zij geenszins een verplichting uitmaakt, laat staan een algemeen geldende verplichting;
Terwijl, de technische bepalingen van het bestek ook werken omschrijven die onbetwistbaar bovenop de glooiing /talud moeten uitgevoerd worden;
Terwijl, uit de aanvang van zowel deel 2 'Afbraak oude glooiing en bouw nieuwe glooiing' als deel 3 'renovatie bestaande glooiing' van de technische bepalingen blijkt dat 'binnen een zone van 10 m horizontaal gemeten van de rand van de top van de glooiing', lichte graafmachines en vrachtwagens wel degelijk toegestaan zijn;
Terwijl, evenzo in artikel 19 van de administratieve bepalingen (versie terechtwijzend bericht nr. 4) van het bestek, weze het bij wijze van 'uitzondering', bevestigd wordt dat bovenop de glooiing/talud werken kunnen uitgevoerd worden en materieel kan toegelaten worden;
Terwijl de werken die de verzoekende partij zal uitvoeren onder de posten 30 en 36 van de meetstaat met een bedrag van 30.568,00 EUR, 5,3% van het offertebedrag van de verzoekende partij vertegenwoordigen, zodat alleszins ook aan het predicaat 'uitzonderlijk' wordt voldaan;
Terwijl, bovenvermeld motief uit het gunningsverslag intern tegenstrijdig is met hetgeen hoger in het gunningsverslag wordt vermeld, waar de verwerende partij impliciet, doch onmiskenbaar, zelf de mogelijkheid tot gebruik van de op de naastliggende werf aanwezige torenkraan erkent;
Terwijl, de verwerende partij aldus, bij het beoordelen van de prijsverantwoording van de verzoekende partij, kennelijk voorbij gaat aan het recht van de verzoekende partij om zich ter verantwoording van haar eenheidsprijzen te beroepen op uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren bij de uitvoering van de werken."

Beoordeling

9. Het geschonden geachte artikel 95, eerste, derde en vierde lid, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren' bepaalt:

> "De aanbestedende overheid gaat de regelmatigheid na van de offertes van de geselecteerde inschrijvers. Ze onderzoekt de regelmatigheid, zowel op formeel als op materieel vlak.
> […]
> Een offerte is materieel onregelmatig en derhalve nietig als ze afwijkt van de essentiële bepalingen van de opdrachtdocumenten betreffende met name de prijzen, termijnen en technische specificaties of in geval van een abnormale prijs als bedoeld in artikel 99.
> Bovendien kan de aanbestedende overheid een offerte als materieel onregelmatig beschouwen indien zij:
> 1° niet overeenstemt met de bepalingen van hoofdstuk 1, afdelingen 6 tot 11 en hoofdstuk 6, afdelingen 2 tot 4;
> 2° enig voorbehoud inhoudt of bestanddelen bevat die niet met de werkelijkheid overeenstemmen."

10. Te dezen oordeelt de aanbestedende overheid in het gunningsverslag ten aanzien van de materiële regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij naar aanleiding van het onderzoek van de prijsverantwoording:

> "Evaluatie
> Het is aannemelijk dat er in zekere mate synergie mogelijk is tussen deze opdracht en de aanpalende opdracht voor de bouw van het bezoekerscentrum aan het Albert-I monument. De aard van beide werken is echter dermate verschillend dat het aangehaalde voordeel van synergie sterk genuanceerd dient te worden. Zo is bijvoorbeeld het beweerde kostenvoordeel met betrekking tot de inzet van de torenkraan beperkt.
> Verder lijken verschillende materiaaltarieven abnormaal laag, zoals bijvoorbeeld voor de kabelkraan Kobelco 35 ton. De prijs hiervoor is 150,00 euro/dag ofwel 18,75 euro/u terwijl het brandstofverbruik van een dergelijk tuig reeds circa 16,00 euro/u bedraagt.
> Eenheidsprijzen
> - post 30. Uit onderzoek blijkt dat de ganse uitvoering voor deze post zal gebeuren vanop het land met de torenkraan van de werf de Ganzepoot. De aannemer brengt geen ponton in rekening. Er is echter duidelijk in het bestek vermeld dat dit dient te gebeuren vanop het water. De aannemer voldoet niet aan de besteksbepalingen.

- post 36. De inschrijver gebruikt hier gebruik van assistentie van de kraan van de Ganzepoot. Er is echter duidelijk vermeld in het bestek dat de uitvoering dient te gebeuren vanop het water. De inschrijver wijkt hier af van de besteksbepalingen.
Besluit: uit de prijsverantwoording blijkt de offerte van Artes Depret nv alsnog een voorbehoud te bevatten. De inschrijver weigert immers de uitvoering van de opdracht volgens de voorschriften van het bestek waardoor hij zichzelf een voordeel bedingt dat andere inschrijvers niet hebben. Gegeven dat dit voorbehoud betrekking heeft op een essentieel onderdeel van de opdracht, wordt de offerte als substantieel onregelmatig aangemerkt en uit de verdere procedure geweerd."

11. Te dezen bepaalt het bestek in het deel betreffende de administratieve voorschriften, met betrekking tot de elementen die in de prijzen begrepen zijn in artikel 19, zoals gewijzigd door het vierde terechtwijzend bericht, gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 29 oktober 2013:

"De opdrachtnemer is verplicht op zijn kosten alle ondergeschikte werken en leveringen uit te voeren die niet expliciet vermeld zijn in een post van de samenvattende opmeting, maar die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de aanneming zoals bepaald in de opdrachtdocumenten, en/of voor de uitvoering van die post.
[…]

- Inbegrepen in de prijzen is ook de volledige uitvoering vanop het water voor de kant van het Albert I-monument. Indien er bij uitzondering toch zou moeten gewerkt worden bovenop het talud, dan moet dit gebeuren met uitdrukkelijke toestemming van de aannemer die de verbouwingswerken zal doen aan het Albert I-monument […] Indien er (uitzonderlijk) toch materieel wordt toegelaten bovenop het talud dan mag er binnen een zone van 10 m van de rand van de glooiing enkel mini graafmachines (max. gewicht 6 ton) en lichte vrachtwagens (max. gewicht 6 ton) gebruikt worden. De uitvoering van het verticaal en horizontaal gedeelte van het anker gebeurt eveneens vanop het water. Er wordt gestart met deze werken mits toestemming van de aannemer van de verbouwingswerken […] Aan de kant van de stad Nieuwpoort mag er eveneens binnen de 10 m vanaf de rand van de glooiing enkel gewerkt worden met mini graafmachines (max. 6 ton) en lichte vrachtwagens (max. 6 ton). Buiten deze zone (enkel aan de kant van de stad Nieuwpoort) is het wel toegelaten om met zwaar materiaal te werken (rekening houdend met de voorschriften boven de gasbuizen).
  […]
- In de eenheidsprijzen dienen ook de voorlopige maatregelen en constructies inbegrepen te zijn om te kunnen werken vanop het water aan de glooiing, rekening houdend met de beperkingen door de gasbuis van Fluxys.

- De aannemer dient eveneens rekening te houden met het Albert-I monument en de beperkte ruimte bovenop de glooiing.”

Voorts wordt in artikel 56 van de administratieve voorschriften inzake de uitvoeringsregels bepaald:

> “Artikel 56 - Onvoorziene omstandigheden
> […] De bijkomende moeilijkheden doordat de glooiing moet gebouwd worden vanaf het water is een last van de aanneming.”

12. Wat betreft de werken uit te voeren aan de kant van het Albert I-monument lijkt op het eerste gezicht te worden bepaald dat de werken in principe vanop het water moeten worden uitgevoerd.

Die verplichting lijkt te kunnen worden afgeleid uit de hiervoor aangehaalde zinsnedes “de volledige uitvoering vanop het water voor de kant van het Albert-1 monument. Indien er bij uitzondering toch zou moeten gewerkt worden bovenop het talud” en “De uitvoering van het verticaal en horizontaal gedeelte van het anker gebeurt eveneens vanop het water”, waarin de termen “bij uitzondering” en “eveneens” figureren die tot die interpretatie bijdragen.

In die zin lijkt de interpretatie van de verzoekende partij, verwoord in een toelichting bij het middel, dat enkel bedoeld werd aan te geven dat alle prestaties verbonden aan uitvoering vanop het water volledig in de prijs moesten worden opgenomen, niet te mogen worden gevolgd. De betrokken besteksbepaling lijkt zich niet te beperken tot een opsomming van de elementen die in voorkomend geval in de prijzen dienen te zijn begrepen, maar lijkt daarnaast ook de uitvoeringswijze te bepalen van de opdracht.

13. In zoverre in de hiervoor aangehaalde besteksbepalingen nog wordt aangegeven dat “Indien er bij uitzondering toch zou moeten gewerkt worden bovenop het talud, dan moet dit gebeuren met uitdrukkelijke toestemming van de aannemer die de verbouwingswerken zal doen aan het Albert I-monument […]. Indien er (uitzonderlijk) toch materieel wordt toegelaten bovenop het talud dan

mag er binnen een zone van 10 m van de rand van de glooiing enkel mini graafmachines (max. gewicht 6 ton) en lichte vrachtwagens (max. gewicht 6 ton) gebruikt worden", kan worden vastgesteld dat ook het gebruik van de woorden "bij uitzondering" en "uitzonderlijk" er precies op lijken te wijzen dat de algemene regel is dat de werken aan de kant van het Albert I-monument vanop het water worden uitgevoerd. Met de verwerende en de tussenkomende partij lijkt ook te moeten worden vastgesteld dat de uitzondering niet mag worden geïnterpreteerd als een kwantitatief gegeven, maar als "uitzonderlijke omstandigheden" en lijkt dit dus niet te wijzen op een keuzemogelijkheid voor de inschrijver om een in omvang beperkt deel van de opdracht van op het land uit te voeren. In de huidige stand van het geding kan echter worden vastgesteld dat de verzoekende partij niet aantoont of verduidelijkt in welke zin zij bij uitzondering werken voorziet vanop het talud en welke uitzonderlijke omstandigheden daartoe leiden.

Het komt bovendien in de eerste plaats toe aan de aanbestedende overheid om de besteksbepalingen te interpreteren. Bij de beoordeling van de offertes lijkt de aanbestedende overheid te dezen van oordeel te zijn geweest dat volgens het bestek de werken aan de kant van het Albert I-monument in ieder geval vanop het water dienden te worden uitgevoerd.

Deze interpretatie lijkt ook steun te vinden in het feit dat artikel 19 erin voorziet dat ook aan de kant van de stad Nieuwpoort slechts lichte vrachtwagens en graafmachines mogen worden gebruikt binnen 10 m van de rand van de glooiing terwijl de verplichting tot het volledig uitvoeren van de werken van op het water uitdrukkelijk werd beperkt tot de kant van het Albert 1-monument. Indien uit de toelating om met lichte vrachtwagens en graafmachines te werken op de glooiing zou moeten worden afgeleid dat werken onder die voorwaarden steeds van op het land mochten worden uitgevoerd, dan diende in het bestek in artikel 19 geen onderscheid te worden gemaakt tussen het deel aan het Albert 1- monument en de werken aan de kant van de stad Nieuwpoort en diende er voor de kant van het Albert I-monument niet te worden bepaald dat de werken daar volledig vanop het water moesten gebeuren.

14. Op het eerste gezicht lijkt de in de artikelen 19 en 56 van het bestek opgenomen verplichting om de werken aan de kant van het Albert I-monument uit te voeren vanop het water, ook niet te worden tegengesproken door de overige bepalingen van het bestek, zoals de verzoekende partij laat uitschijnen, laat staan dat uit het geheel van de besteksbepalingen eenduidig zou moeten worden afgeleid dat de werken naar de keuze van de inschrijver vanop het land dan wel vanop het water zouden mogen worden uitgevoerd.

Het feit dat de verplichting om de werken aan de kant van het Albert I-monument vanop het water uit te voeren enkel uitdrukkelijk vermeld wordt in een administratieve bepaling van het bestek met betrekking tot de samenstelling van de prijs en in een bepaling omtrent de onvoorziene omstandigheden bij de uitvoering, lijkt op zich geen afbreuk te doen aan het verplichtend karakter van die uitvoeringswijze. De verzoekende partij toont in ieder geval niet aan op grond van welke reglementaire bepaling een verplichte uitvoeringswijze slechts in de technische bepalingen van een bestek zou mogen worden opgelegd.

Er wordt in de technische bepalingen ook meermaals gewezen op de slechte staat van het talud, zoals bij de omschrijving van de moeilijkheden bij de afbraak van de oude glooiing en de bouw van een nieuwe glooiing (bladzijde 84 van het bestek) en bij de omschrijving van post 0401.20427 "opbraak van het bestaande talud" (bladzijde 98 van het bestek) hetgeen de bepalingen betreffende het werken vanop het water eerder lijkt te ondersteunen dan tegen te spreken.

Met de verzoekende partij kan weliswaar worden vastgesteld dat voor sommige posten in de technische bepalingen uitdrukkelijk werd herhaald dat deze dienden te worden uitgevoerd vanop het water. De verzoekende partij geeft echter zelf ook aan dat anderzijds ook voor andere posten (de verzoekende partij verwijst in haar toelichting bij het middel naar de post 0404.20051 - uitgravingen onderwaterbodem), die duidelijk ook van op het water moeten worden uitgevoerd, dit in de technische bepalingen evenmin uitdrukkelijk werd herhaald. Uit het loutere stilzwijgen van de technische bepalingen met betrekking tot de posten 30

en 36 hieromtrent, lijkt dan ook geen tegenspraak met de tekst van de artikelen 19 en 56 van de administratieve bepalingen te mogen worden afgeleid.

Het feit dat in de technische bepalingen wordt aangegeven dat werken op het talud mogelijk zouden zijn met mini-graafmachines en lichte vrachtwagens tot 6 ton binnen een zone van 10 m horizontaal gemeten van de rand van de top van de glooiing lijkt op het eerste gezicht evenmin afbreuk te doen aan de algemene bepalingen dat de werken dienen te worden uitgevoerd vanop het water en lijkt te moeten worden samen gelezen met de bepaling in artikel 19 dat deze lichtere machines op het talud mogen worden ingezet, wanneer er bij uitzondering toch boven op het talud moet worden gewerkt en er uitzonderlijk materieel boven op het talud wordt toegelaten.

Voorts kan de verzoekende partij op het eerste gezicht ook niet worden gevolgd waar zij in haar toelichting stelt dat in de technische bepalingen voor sommige posten, zoals de post 0402.10025 “afgraving en uitgraving van grond bovenop het talud” werken worden omschreven “die onbetwistbaar van bovenop de glooiing/het talud moeten worden uitgevoerd”. In de betrokken bepaling wordt enkel aangegeven dat het gaat om het afgraven van grond die zich bevindt boven op het talud, zonder dat hiermee lijkt te worden bepaald dat de afgraving dient te gebeuren door machines vanop het land.

15. Vervolgens kan de verzoekende partij op het eerste gezicht ook niet worden bijgevallen waar zij betoogt dat de motivering in het gunningsverslag dat een zekere synergie mogelijk is tussen deze opdracht en de opdracht voor de bouw van het bezoekerscentrum van het Albert I-monument, tegenstrijdig is met de overweging dat in het bestek duidelijk vermeld is dat de uitvoering voor de kant van het Albert I-monument dient te gebeuren vanop het water. In de eerste plaats lijkt uit de overweging dat het beweerde kostenvoordeel met betrekking tot de inzet van de torenkraan slechts beperkt is, niet op overtuigende wijze te kunnen worden afgeleid dat de aanbestedende overheid daarmee aanvaard zou hebben dat

de torenkraan daar mag worden ingezet, waar er een principiële verplichting is om vanop het water te werken.

Daarenboven lijkt dergelijke onrechtstreeks afgeleide toelating in ieder geval geen afbreuk te doen aan de daaropvolgende en uitdrukkelijke vermelding in het gunningsverslag dat in het bestek duidelijk is bepaald dat de uitvoering van de werken dient te gebeuren vanop het water en dat de aannemer niet voldoet aan die besteksbepaling. Voor zover hierin een tegenstrijdigheid zou worden gelezen, betreft dit aldus hoogstens de motieven voor de beoordeling van de prijsverantwoording voor de prijzen. Deze motieven doen zich echter voor als overtollige motieven aangezien de offerte van de verzoekende partij werd geweerd wegens een afwijking van het bestek.

16. De verzoekende partij lijkt in haar verzoekschrift niet te betwisten dat zij voor de posten 30 en 36 in een uitvoering vanop het land voorziet.

De aanbestedende overheid was van oordeel dat de verzoekende partij, door te kiezen voor een uitvoering van de opdracht van op het land, zich een voordeel had bedongen dat de andere inschrijvers niet hebben, waarmee zij dan lijkt te impliceren dat de vergelijkbaarheid van de offertes wordt aangetast. De beoordeling dat de verzoekende partij zich door haar uitvoeringswijze een voordeel heeft bedongen ten opzichte van de andere inschrijvers, wordt door de verzoekende partij op zich niet bekritiseerd.

Daarnaast wijst de aanbestedende overheid erop dat het voorbehoud een essentieel onderdeel van de opdracht betreft. De verwerende partij en de tussenkomende partij wijzen in hun nota respectievelijk verzoekschrift op de concrete omstandigheden van de plaats waar de werken dienen te worden uitgevoerd en waar in het bestek herhaaldelijk op wordt gewezen, namelijk de kritieke staat van het talud en de aanwezigheid van een hogedrukgasleiding onder het talud waardoor werd voorgeschreven dat er mede omwille van de veiligheid vanop het water zou worden gewerkt.

17. In een pleitnota lijkt de verzoekende partij nu aan te voeren dat er in haar offerte eigenlijk geen sprake is van een probleem van uitvoering van werken bovenop de glooiing of de aanwezigheid van materieel aldaar, aangezien zij slechts gebruik maakt van de torenkraan van de Ganzepoot voor het aanbrengen van het materiaal voor de vernieuwing van de glooiing en deze torenkraan zich niet in de zone bovenop de glooiing bevindt die in artikel 19 wordt geviseerd. Zij lijkt aldus aan te voeren dat haar uitvoeringswijze niet afwijkt van de vereiste uitvoering van op het water. Hiermee lijkt de verzoekende partij echter een nieuwe grondslag te geven aan haar middel terwijl zij deze argumentatie reeds had kunnen aanvoeren in haar verzoekschrift. De toepassing van de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid beperkt de mogelijkheden tot onderzoek van de zaak tot een strikt minimum en brengt de uitoefening van de rechten van de verdediging van de verwerende en de eventueel de tussenkomende partij aanzienlijk in het gedrang. De grief is dus niet ontvankelijk.

In ieder geval lijkt er in de prijsverantwoording sprake van een uitvoering van werken vanop het land, ook vanop de betrokken glooiing door middel van de werfconstructie. De verzoekende partij wijst erop dat zij hiervan gebruik maakt om de werklieden tot bij het talud te brengen om de werken te kunnen uitvoeren en dat dit voor elke inschrijver geldt, nu geen aannemer de werken kan uitvoeren zonder dat zijn werklieden zich met hun materiaal ter hoogte van de glooiing begeven.

Voor zover zij daarmee wenst aan te voeren dat voor de uitvoering van de werken er aldus steeds een constructie op het talud noodzakelijk zal zijn en het bestek dus een onmogelijke uitvoering eist, valt op te merken dat zij dit nooit aan het bestuur signaleerde voorafgaand aan het indienen van haar offerte. Bovendien dient te worden vastgesteld dat met de loutere bewering dat er geen machines of werklieden bestaan met dusdanig lange armen die staande op het ponton in het water het talud kunnen vernieuwen zij haar stelling niet op voldoende ernstige en manifeste wijze lijkt te onderbouwen met gegevens die voor de Raad

van State voor eenvoudige vaststelling vatbaar zijn, zoals nochtans verwacht wordt in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Ongeacht de mogelijke technische discussie over de stabiliteit van deze constructie lijkt op het eerste gezicht aldus te moeten worden vastgesteld dat de verzoekende partij in een installatie voorziet op het talud en daarmee niet lijkt te voldoen aan het besteksvereiste dat minstens voor de werken aan de kant van het Albert I-monument alle werken vanop het water dienen te worden uitgevoerd. Het feit dat deze installatie eventueel wel zou voldoen aan de richtlijnen van nv Fluxys, lijkt er niet aan in de weg te staan dat het bestek in het algemeen, ook los van de richtlijnen van nv Fluxys, vereiste dat de werken in principe volledig vanop het water zouden worden uitgevoerd en dat het de aanbestedende overheid toekomt te oordelen over de conformiteit van een offerte met het bestek. Bovendien kunnen vragen worden gesteld naar het statuut van de mededeling per mail van een werknemer van nv Fluxys dat de werfconstructie conform de richtlijnen zou zijn. In ieder geval werd deze informatie ook niet bezorgd aan de aanbestedende overheid bij het indienen van de offerte zodat zij hiermee bij haar beoordeling geen rekening kon houden.

Er wordt op het eerste gezicht dan ook geen schending van de materiëlemotiveringsverplichting aangetoond, noch van artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011.

18. Ten aanzien van het argument in het middel waarin de verzoekende partij de beoordeling van haar prijsverantwoording bekritiseert, kan op het eerste gezicht worden opgemerkt dat haar offerte onregelmatig werd verklaard omwille van het afwijken van essentiële besteksbepalingen omtrent de uitvoeringswijze van de werken. Dit motief kan op zich de bestreden beslissing dragen. Hiervoor werd de kritiek op deze beoordeling niet ernstig bevonden.

Onrechtmatigheden die zouden kleven aan de overwegingen in het gunningsverslag inzake het onderzoek naar het mogelijke abnormale karakter van de aangeboden prijzen zouden de wettigheid van de bestreden beslissing niet kunnen aantasten, nu deze reeds gedragen wordt door het eerste motief. Deze grief kan dus onbesproken blijven.

IX. Besluit

19. 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 West Construct 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 11 maart 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Frank Bontinck,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Frank Bontinck	**Dierk Verbiest**