

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 226.753 van 13 maart 2014
in de zaken I. A. 203.489/XII-6828
II. A. 203.900/XII-6868

In zake: I. + II.
de NV HERBOSCH-KIERE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk De Keuster
kantoor houdend te 2970 Schilde
Eekhoornlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV WATERWEGEN EN ZEEKANAAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Lenders
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV FRANKI CONSTRUCT
2. de NV MAX BÖGL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Jonas Riemslagh
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Cogels Osylei 61
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 31 januari 2012, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van Waterwegen en Zeekanaal nv [van 22 december 2011] met betrekking tot de gunningsbeslissing van de overheidsopdracht voor aanneming van werken: Scheldekaaien te Antwerpen,

Uitvoeringsfase. Zeeschelde R.O. te Antwerpen kaaimuurstabilisatie Sint-Andries en Zuid deel 1” (zaak A. 203.489/XII-6828).

Het beroep, ingesteld op 5 maart 2012, strekt tot de nietigverklaring van “de gunningsbeslissing [van 8 februari 2012] van de overheidsopdracht voor aanneming van werken: Scheldekaaien te Antwerpen, Uitvoeringsfase, Zeeschelde R.O. te Antwerpen kaaimuurstabilisatie Sint-Andries en Zuid deel 1. Bestek nr. 16EI/11/29 alsmede van de impliciete beslissing niet te gunnen aan Herbosch-Kiere nv” (zaak A. 203.900/XII-6868).

II. Verloop van de rechtspleging

2.1. Bij arrest nr. 222.663 van 28 februari 2013 besliste de Raad de zaak met nummer A. 203.489/XII-6828 verder te zetten volgens de gewone procedure.

De verwerende partij heeft in deze zaak een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De tussenkommende partijen hebben in deze zaak een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 18 april 2012.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft in deze zaak een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben in deze zaak een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn in deze zaak opgeroepen voor de terechtzitting van 19 november 2013, welke zitting is uitgesteld naar de zitting die heeft plaatsgevonden op 17 december 2013.

2.2. Bij arrest nr. 218.828 van 5 april 2012 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing in de zaak A. 203.900/XII-6868 verworpen.

De verzoekende partij heeft in deze zaak een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft in deze zaak een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De tussenkomende partijen hebben in deze zaak een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 6 juni 2012.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft in deze zaak een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben in deze zaak een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn in deze zaak opgeroepen voor de terechtzitting die heeft plaatsgevonden op 17 december 2013.

2.3. Staatsraad Pierre Barra heeft verslag in de beide zaken uitgebracht.

Advocaat Dirk De Keuster, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Joris Wouters, die loco advocaat Christophe Lenders verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor een aanneming van werken, in de aankondiging genaamd “Scheldekaaien te Antwerpen. Uitvoeringsfase. Zeeschelde R.O. te Antwerpen. Kaaimuur-stabilisatie Sint-Andries en Zuid. Deel 1”.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 14 oktober 2011 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 19 oktober 2011 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Het bijzonder bestek nr. 16EI/11/29 is op deze opdracht van toepassing.

3.4. Vier inschrijvers waaronder de nv Smet – F&C, de thv Franki Construct – Max Bögl en de nv Herbosch-Kiere dienen een offerte in.

3.5. Na nazicht van de rekenkundige bewerkingen en verbeteringen van de offertes zijn de voorgestelde prijzen, btw niet inbegrepen, volgens het gunningsverslag van 19 december 2011:

- de nv Smet – F&C	5.628.621,24 euro,
- de thv Franki Construct – Max Bögl	6.907.928,89 euro,
- de nv Herbosch-Kiere	8.285.736,00 euro,
- de thv Besix – Denys	8.422.405,69 euro.

3.6. In dat gunningsverslag worden alle inschrijvers geselecteerd en wordt besloten dat alle offertes regelmatig zijn behalve deze van de nv Smet – F&C, “wegens het abnormaal karakter van het offertebedrag”. Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de thv Franki Construct – Max Bögl, die, aldus het verslag, de laagste regelmatige offerte indiende.

3.7. De gedelegeerd bestuurder en de voorzitter van de raad van bestuur van de verwerende partij besluiten op 22 december 2011, met verwijzing naar het gunningsverslag van 19 december 2011 waarvan de motivering en het besluit geheel worden onderschreven en dat tot integraal deel van de gunningsbeslissing wordt verklaard, om de opdracht te gunnen aan de thv Franki Construct – Max Bögl voor een bedrag van 6.907.928,89 euro.

Dit is de bestreden beslissing in de zaak met nummer A. 203.489/XII-6828.

Bij arrest nr. 217.839 van 9 februari 2012 van de Raad van State wordt de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, ingesteld door nv Smet - F&C tegen de tenuitvoerlegging van deze beslissing afgewezen omdat deze bij gebrek aan bekrachtiging door de raad van bestuur nog niet uitvoerbaar was.

3.8. Op 8 februari 2012 bekrachtigt de raad van bestuur van de verwerende partij de op 22 december 2011 door de voorzitter van de raad van bestuur en de gedelegeerd bestuurder genomen gunningsbeslissing; dit is de bestreden beslissing in de zaak met nummer A. 203.900/XII-6868:

“De Raad:

- neemt kennis van de verslaggeving van het controlenazicht van het dossier;
- bekrachtigt de beslissing bij mandaat van de gedelegeerd bestuurder en de voorzitter betreffende:
 - gemotiveerde gunningsbeslissing inzake de opdracht voor een aanneming van werken Scheldekaaien te Antwerpen. Uitvoeringsfase. Zeeschelde R.O. te Antwerpen. Kaaimuurstabilisatie Sint-Andries en Zuid. Deel 1.
 - de goedkeuring van de laagste regelmatige offerte op naam van thv Franki Construct – Max Bögl voor een bedrag van 6.907.928,89 EUR zonder btw, aan te rekenen op de begroting 2011, ESR code 73.20.10”.

3.9. Met een aangetekende brief van 23 februari 2012 deelt de verwerende partij aan de nv Herbosch-Kiere, zoals reeds bij brief van 23 december 2011 was gebeurd, mee dat haar offerte niet werd gekozen.

IV. Samenvoeging

4. Er is grond om de zaken, die betrekking hebben op dezelfde gunningsprocedure, samen te voegen.

V. Ontvankelijkheid van het beroep in de zaak A. 203.489/XII-6828

5. De verwerende partij en de tussenkomenende partijen merken op dat het beroep gericht is tegen de beslissing van 22 december 2011, genomen door de gedelegeerd bestuurder en de voorzitter van de raad van bestuur van de verwerende partij en dat de Raad van State in zijn arrest nr. 217.839 van 9 februari 2012 heeft vastgesteld dat deze beslissing geen uitvoerbare kracht bezit omdat ze niet bekrachtigd is.

6. De verzoekende partij verwijst in haar laatste memorie wat deze exceptie betreft “naar de wijsheid van uw Raad doch wenst dat de kosten ten laste gelegd worden van de verwerende partij aangezien deze een niet-definitieve beslissing heeft meegedeeld”.

Beoordeling

7. Uit het administratief dossier blijkt dat de beslissing van 22 december 2011 werd genomen door de voorzitter van de raad van bestuur en de gedelegeerd bestuurder op grond van de op 9 november 2011 door de raad van bestuur verleende volmacht, volmacht die inhoudt dat de beslissing nog door de raad van bestuur diende te worden bekrachtigd.

Die beslissing mag aldus, zolang ze niet is bekrachtigd door de raad van bestuur, nog niet worden ten uitvoer gelegd om rechtsgevolgen te doen ontstaan. De bestreden beslissing werd bekrachtigd bij beslissing van de raad van bestuur van de verwerende partij op 8 februari 2012, beslissing die aangevochten wordt in de zaak met nummer A. 203.900/XII-6868; deze laatste beslissing dient hier te worden aanzien als de definitieve, uitvoerbare beslissing inzake de gunningsprocedure.

Het beroep tot nietigverklaring tegen de beslissing van 22 december 2011 is dienvolgens voorbarig en niet ontvankelijk.

De verwerende partij echter heeft de kennisgeving van de beslissing van 22 december 2011 op een dergelijke wijze verricht, dat de verzoekende partij redelijkerwijze mocht denken voor de betekening van een definitieve, uitvoerbare beslissing te staan, zeker nu daarbij zelfs nergens melding werd gemaakt van de noodzakelijke bekrachtiging. De verzoekende partij is aldus misleid en het kan haar niet ten kwade worden geduid dat zij de Raad van State heeft gevat. Dit verantwoordt dat de kosten van dit beroep ten laste van de verwerende partij worden gelegd.

VI. Onderzoek van het enige middel in de zaak A. 203.900/XII-6868

Uiteenzetting van het middel

8.1. In haar verzoekschrift voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 19 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’, “artikel 19 van het bestek én minstens de formele motiveringsplicht”.

Zij betoogt dat de thv Franki Construct – Max Bögl, inzake de selectievoorwaarden, technische bekwaamheid, niet de referenties kan aantonen die door het bestek zijn opgelegd en dus niet had mogen worden geselecteerd.

8.2. In haar memorie van wederantwoord beperkt zij haar middel “tot het ontbreken van de nodige ervaring met betrekking tot het uitvoeren van VHP-palen in waters met getijdewerking”, een afzonderlijke selectie-eis vermeld in artikel 19 van het bestek. “Indien de tussenkomenende partij niet slaagt in het bewijs dat zij ervaring heeft in het uitvoeren van VHP-palen in waters met getijdewerking, dan diende zij te worden afgewezen.”

Zij stelt dat de door de tussenkomende partijen opgegeven referenties geen ervaring aantonen in het uitvoeren van VHP-palen in waters met getijdenwerking.

De referentie met betrekking tot de haven van Hamburg betreft werken met betrekking tot grondankers en niet tot VHP-palen; de referentie met betrekking tot Amsterdam is evenmin dienstig omdat Amsterdam geen getijdenhaven is en de werken de metro betreffen; de referentie met betrekking tot de getijdenhaven Willemshaven, pas aangebracht tijdens de schorsingsprocedure, betreft werken aan land, namelijk een elektriciteitscentrale op steenkool.

8.3. In haar laatste memorie beklemtoont de verzoekende partij dat de referentie Willemshaven niet was opgenomen in de offerte van de tussenkomende partijen maar pas ter zitting van de schorsingsprocedure werd neergelegd, hetgeen een niet toelaatbare wijziging is van een ingediende offerte.

Ondergeschikt benadrukt zij dat inschrijver Max Bögl in Willemshaven slechts deelgenomen heeft aan de bouw van een elektriciteitscentrale, wat geen waterwerk is zoals de bouw van een kaaimuur. Zij voegt bij haar memorie outprints van websites waaruit zou blijken dat het werken aan een elektriciteitscentrale betreft en dat deze zich op het land bevindt.

9. In haar laatste memorie beperkt de verwerende partij zich tot de referentie Willemshaven. Zij merkt in de eerste plaats op dat deze referentie wel degelijk in de offerte zoals ingediend, was opgenomen, en dit als referentie voor de toepassing van jetgroutingwerkzaamheden. Voorts betoogt zij dat bij de werken te Willemshaven er rekening diende te worden gehouden met de getijdenwerking. Zij beklemtoont dat de verzoekende partij moet aantonen dat de door de verwerende partij aangenomen referentie niet correct is.

Beoordeling

10. Het ingeroepen artikel 19 van het bestek vereist inzake technische bekwaamheid onder meer dat de ervaring van de aannemer of

gespecialiseerde onderaannemer op zijn minst dient te worden aangetoond door “ervaring voor te leggen in het uitvoeren van VHP-palen [of jetgrouting] in waters met getijdenwerking”.

Deze vereiste is ook opgenomen in de aankondigingen van de opdracht.

11. Het gunningsverslag van 19 december 2011 waarop de bestreden gunningsbeslissing steunt, bevat, na een herneming van de vereisten van voornoemd artikel 19, de vermelding dat de ervaring van de thv Franki Construct – Max Bögl in orde is en dat op basis van de voorgelegde documenten deze inschrijver zijn technische bekwaamheid heeft aangetoond.

12. In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat de gekozen inschrijver thv Franki Construct - Max Bögl niet voldoet aan de in het bestek en de aankondiging vereiste referenties inzake technische bekwaamheid, dient te worden opgemerkt dat het in de eerste plaats aan de verwerende partij toekomt de voorgelegde referenties te beoordelen en dat zij terzake over een zekere beoordelingsvrijheid beschikt.

Voorts merkt de Raad van State op dat uit het administratief dossier blijkt dat de referentie van de werken te Willemshaven wel degelijk bij de offerte was gevoegd.

13. De verzoekende partij slaagt er vervolgens niet in aan te tonen dat de verwerende partij de referentie van de werken te Willemshaven niet mocht aanvaarden als geldend voor het aantonen van ervaring in het uitvoeren van VHP-palen in waters met getijdenwerking.

Voor zover zij zich beroept op foto's, pas bijgebracht bij haar laatste memorie, waaruit de ligging van de elektriciteitscentrale van Willemshaven zou blijken, dient te worden vastgesteld dat de centrale weliswaar aan land is gelegen doch in de zeer onmiddellijke omgeving van het water, wat ook de bedoeling is teneinde de aanvoer van steenkool te faciliteren; in elk geval

toont de verzoekende partij hier niet mee aan dat de “jetgrouting” daar ter plaatse niet onderhevig kan zijn aan getijdenwerking.

In die omstandigheden toont de verzoekende partij niet aan dat de verwerende partij de referentie van de centrale te Willemshaven niet mocht aanvaarden als ervaring met VHP-palen in getijdenwater.

14. Het middel is ongegrond.

BESLISSING

1. De zaken A. 203.489/XII-6828 en A. 203.900/XII-6868 worden samengevoegd.

2. De Raad van State verwerpt de beide beroepen.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring in de zaak met nummer A. 203.489/XII-6828, begroot op 175 euro.

De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en van het beroep tot nietigverklaring in de zaak met nummer A. 203.900/XII-6868, begroot op 350 euro.

De tussenkommende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkommsten in de zaak A. 203.489/XII-6828, begroot op 250 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 maart 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Debersaques,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest