

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 224.597 van 10 september 2013
in de zaak A. 209.711/XII-7432**

In zake: de NV AANNEMINGSBEDRIJF AERTSSEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de PROVINCIE WEST-VLAANDEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Stockhouderskasteel
Gerard Davidstraat 46 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 6 augustus 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “● De beslissing van de deputatie van de Provincie West-Vlaanderen dd. 10 juli 2013 [...] waarbij wordt beslist om de offerte van de NV Aannemingsbedrijf Aertssen voor de opdracht van werken ‘lot 1: Herinrichting Natuurpark Zwin: perceel 1 buitenaanleg’, te weren
- De beslissing van de deputatie van de Provincie West-Vlaanderen dd. 10 juli 2013 [...] waarbij wordt beslist om de opdracht van werken ‘lot 1: Herinrichting Natuurpark Zwin: perceel 1 buitenaanleg’, te gunnen aan de BVBA Aannemingen De Witte voor een verbeterde som van 1.639.892,69 EUR excl. btw of 1.984.270,15 incl. btw”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 september 2013, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Christophe Lenders en Simon Verhoeven, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Pieter-Jan Staelens, die loco advocaat Bart Staelens verschijnt voor de verwerende 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 openbare aanbesteding voor werken uit met als voorwerp ‘Deelopdracht 3: Buiteninrichtingen Zwin Natuurcentrum: lot 1: herinrichting Natuurpark Zwin: perceel 1: buitenaanleg Zwinpark en perceel 2: elektrische uitrustingen’.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 3 april 2013. De totale uitgave voor de opdracht voor perceel 1 wordt geraamd op 1.658.640,68 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek nr. 0220/2013/002/COOP 03.

In het bestek is aangaande de uitvoeringstermijn het volgende te lezen:

“AAV Art. 29.par.1.

De aannemer van het Perceel 1 van onderhavige aanneming dient er rekening mee te houden dat de werken in fases zullen uitgevoerd worden:

- de 1ste fase betreft de aanleg van het buitengebied, met uitzondering van het overgrote deel van de parking en buitengebied palend aan de gebouwen ‘Kijkcentrum’ (KVV), ‘Bezoekerscentrum’ (BZN), ‘Groendienst’(GD) met conciërgewoning en ‘Natuureducatiecentrum’ (NEC): de uitvoeringstermijn voor deze fase bedraagt 50 werkdagen voor perceel 1 en 40 werkdagen voor perceel 2

- de 2de fase betreft het verwerken van de overtollige grond voortkomende van de bouwwerken: de uitvoeringstermijn voor de 2de fase bedraagt 10 werkdagen (perceel 1)

- de 3de fase betreft de aanleg van het buitengebied direct palend aan de bovengenoemde gebouwen, inclusief het verwerken van de overtollige grond voortkomende van de fijnuitgraving van de bouwwerken: de uitvoeringstermijn voor de 3de fase bedraagt 40 werkdagen voor onderhavig perceel 1

[...]

De werken vervat in Perceel 1 zullen door de leidend ambtenaar geschorst worden tussen de verschillende fases. De uitvoeringsperiode kan tevens geschorst worden afhankelijk van specifieke bepalingen (oa. Broedseizoen) die van kracht zijn in het natuurpark en natuurlak te Zwin. De aannemer kan geen aanspraak maken op enige vergoeding wegens deze schorsingen.

De aannemer dient er rekening mee te houden dat hij tijdens de schorsingsperiode(s) en tijdens de waarborgperiode moet blijven instaan voor het nodige onderhoud, de instandhouding van zijn werken en het behoud van de nutsvoorzieningen: hiervoor wordt in het bestek een aparte meetpost (per maand – vermoedelijke hoeveelheid) voorzien.

De aannemer dient er rekening mee te houden dat er in de loop van de aanneming verschillende gelijktijdige werken in uitvoering kunnen zijn: werken voor de aannemingen van de andere loten (zie hierboven sub ‘Voorwerp van de opdracht algemene toelichting’, werken aan de nutsnetten, beperkte exploitatie t.b.v. algemeen onderhoud van de terreinen en constructies.

De aannemer kan geen aanspraak maken op enige bijkomende vergoeding voor de in een later stadium uit te voeren of uitgestelde werken en andere hiermee verbonden prestaties”.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 13 mei 2013. Er worden voor perceel 1 negen offertes ingediend, waaronder die van verzoekende partij en de bvba Aannemingen De Witte.

3.4. Aan de drie laagste inschrijvers, waaronder verzoekende partij en de bvba Aannemingen De Witte, wordt voor bepaalde posten een prijsverantwoording gevraagd. Alle gevraagde prijsverantwoordingen worden aan verwerende partij bezorgd.

3.5. In het gunningsverslag van 8 juli 2013 wordt inzake de prijsverantwoording van verzoekende partij het volgende vastgesteld:

“5.3.1.B Analyse van de eenheidsprijzen waarbij Aannemingsbedrijf Aertssen nv significant duurder is dan het gemiddelde:

Post 9: Instandhouden werfinstallaties opdrachtgevend bestuur en nutsvoorzieningen tijdens schorsingen.

De inschrijvingsprijs voor deze post is op basis van een eenheidsprijs, zijnde, 68.951,28 euro/maand. In de berekening van zijn éénheidsprijs beroept Aannemingsbedrijf Aertssen nv zich oa. op de berekening van de kosten volgens de formule ‘Flamme’ en zijn inschatting op verzwarende en specifieke kosten die gepaard gaan wegens onderbrekingen van de opdracht.

In de prijsverantwoording zijn elementen opgenomen die geen betrekking hebben op de post waardoor de eenheidsprijs kunstmatig in de hoogte wordt gedreven. In zijn verantwoording betreft de inschrijver een aantal kosten (bv. éénmalige kosten zoals uitzetten werf die maandelijks worden aangerekend) en schadevergoedingen (deze worden reeds voorzien in de formule ‘Flamme’) die gezien de specifieke context van een uitvoering in verschillende fases niet op deze post zoals beschreven in het bestek Hfst I art. 11, kunnen aangerekend worden, maar een last zijn van de aanneming en bijgevolg gespreid moeten worden over alle EP/totalen. De inschrijver overtreedt daarmee essentiële voorwaarden van het bestek zodat de gelijkheid van de biedingen ernstig geschonden wordt.

De gemiddelde inschrijvingsprijs van de andere inschrijvers bedraagt 4895,49 euro/maand. De eenheidsprijs van Aannemingsbedrijf Aertssen nv (68.951,28 euro/maand) is zeer hoog in vergelijking met de gemiddelde inschrijvingsprijs. De prijs kan niet aanvaard worden als een billijke vergoeding voor de door de aannemer te leveren prestaties en dient dus gekwalificeerd als een duidelijk te hoge prijs.

Het is voor het opdrachtgevend bestuur onaanvaardbaar een maandelijks uitgave te doen van 68.951,28 euro.

Door enerzijds de hoge eenheidsprijs en anderzijds de prijsstelling van vermoedelijke hoeveelheden riskeert de overheid dat door de impact van de prijs (nl. eenheidsprijs 68.951,28 euro/maand) de gelijkheid van de inschrijvers niet kan worden gegarandeerd, waarbij er rekening moet gehouden worden dat het instandhouden van werfinstallaties van het opdrachtgevend bestuur en nutsvoorzieningen desgevallend meerdere maanden zal duren.

De prijsverantwoording dient als ontoereikend beschouwd; de betrokken EP is substantieel onregelmatig.

[...]

5.3.1.C Analyse van de eenheidsprijzen waarbij Aannemingsbedrijf Aertssen nv significant goedkoper is dan het gemiddelde:

[...]

5.3.4. Conclusie prijsverantwoordingen

[...]

5.3.4.A Conclusie prijsverantwoording Aannemingsbedrijf Aertssen nv

De door de aannemer geleverde prijsverantwoordingen zijn voor wat betreft de relevante post 9 gesteund op niet-relevante informatie en foutieve aannames. Door enerzijds de hoge eenheidsprijs en anderzijds de prijsstelling van vermoedelijke hoeveelheden riskeert de overheid dat door de impact van de prijs (nl. eenheidsprijs van 68.951,28 euro/maand) in de praktijk de gelijkheid van de inschrijvers niet gegarandeerd wordt. De prijsverantwoording tast essentiële voorwaarden van het bestek aan. Het risico op speculatie is zeer groot.

De door de aannemer geleverde prijsverantwoording heeft geen verduidelijkend karakter voor wat betreft de relevante post 97. Op deze wijze verkeert de opdrachtgever in de onmogelijkheid om het al dan niet normale karakter van de inschrijvingsprijs te beoordelen.

Na dit grondig onderzoek blijkt dat de geleverde prijsverantwoordingen onvoldoende motiveerbaar zijn, waardoor de offerte als onregelmatig beschouwd moet worden en bijgevolg van rechtswege nietig”.

In het gunningsverslag wordt dan ook voorgesteld de werken voor perceel 1 te gunnen aan de bvba Aannemingen De Witte.

3.6. Bij besluit van 10 juli 2013 van de deputatie van de provincieraad van West-Vlaanderen wordt de offerte van verzoekende partij wegens onregelmatigheid geweerd en wordt de “opdracht van werken lot 1: Herinrichting Natuurpark Zwin: perceel 1 buitenaanleg” gegund aan de bvba Aannemingen De Witte. Dit zijn de bestreden beslissingen.

3.7. Bij brief van 22 juli 2013 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht van de bestreden beslissingen.

3.8. Verwerende partij laat bij een ter post aangetekende brief van 30 juli 2013 aan de advocaten van de verzoekende partij weten dat de opdracht met de bvba Aannemingsbedrijf De Witte reeds werd gesloten.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. 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.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting

5. In het enige middel voert verzoekende partij de schending aan van “artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten”, “artikelen 89 en 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 voor de aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken”, “het beginsel patere legem quam ipse fecisti”, “de formele en de materiële motiveringsplicht”, “het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel”; en “de eerlijke mededinging”.

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

“Doordat verwerende partij met beslissing van 10 juli 2013 de offerte van de gekozen inschrijver als regelmatig heeft weerhouden en deze van verzoekende partij als substantieel onregelmatig heeft geweerd, met een motivering dat verzoekende partij ten onrechte bij calculatie van haar post 9 de kostenverzwarende elementen ingevolge de schorsing zou hebben aangerekend terwijl die als last van de aanneming over alle EP/totalen dienden te worden gespreid waardoor de essentiële voorwaarden van het bestek alsook de gelijkheid van de biedingen ernstig zou zijn geschonden; En doordat, verwerende partij verder motiveert dat het onaanvaardbaar zou zijn een maandelijkse uitgave te doen van 68.951,28 euro nu gelet op de meetcode van post 9 in vermoedelijke hoeveelheden, zij zou riskeren dat door de impact van de prijs (nl. eenheidsprijs 65.951,28 euro/maand) de gelijkheid van de inschrijvers niet kan worden gegarandeerd, nu het instandhouden van werfinstallaties van het opdrachtgevend bestuur en nutsvoorzieningen desgevallend meerdere maanden zal duren.

Terwijl de kostenverzwarende elementen die door verzoekende partij zijn weerhouden bij de prijsberekening voor post 9 zoals toegelicht in de prijsverantwoording, volgens de bewoordingen van het bestek geenszins te aanzien zijn als een last van de aanneming en dus niet gespreid moeten worden over alle eenheidsprijzen van de aanneming, doch wel kosten zijn die gevorderd moeten worden onder post 9 zoals voorzien op blz. 12 en 13 van het bestek;

En terwijl volgens het bestek de duurtijd van de schorsing nog niet gekend is en de totale kost en invloed van de schorsing op de aanneming nog niet

kan worden begroot zonder te speculeren omtrent de totale duur en kost van de schorsing;

En terwijl, de gekozen inschrijver in haar offerte geen rekening heeft gehouden met de kostenverzwarende elementen noch voor de totaliteit in post 9 noch procentueel verspreid over de verschillende éénheidsprijzen;

En terwijl, noch de te lage inschatting door verwerende partij van de vermoedelijke hoeveelheden in de samenvattende opmetingsstaat noch het voor verwerende partij onaanvaardbaar zijn van de hoegrootte van de maandelijkse uitgave – welke beweerdelijk zouden leiden tot een schending van de gelijkheid van biedingen – aanleiding kan zijn tot een substantiële onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij; Dat verwerende partij overigens met toepassing van artikel 42 § 6 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden bij overschrijding van de voorziene hoeveelheden met het drievoudige de mogelijkheid heeft tot aanpassing van de eenheidsprijzen”.

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

“Doordat verwerende partij motiveert omtrent de prijsverantwoording voor post 97 van de offerte van verzoekende partij dat de prijsverantwoording niet afdoend zou zijn stellende dat ‘Er wordt op geen enkele wijze aangetoond hoe deze eenheidsprijs gemotiveerd kan worden. Gezien dit de basis vormt voor zijn prijsverantwoording, is er op basis van de geleverde informatie geen degelijk beoordeling mogelijk en wordt ze niet als afdoende beschouwd’.

Terwijl verzoekende partij in haar prijsverantwoording wel degelijk aantoonde hoe de prijs voor post 97 kon verantwoord worden en daartoe verwees naar de noodzakelijke samenhang met post 99, welke samenhang door verwerende partij in de bestreden beslissing niet wordt tegengesproken”.

Beoordeling

Eerste onderdeel

6. Het bijzonder bestek bepaalt dat de werken in drie fases worden uitgevoerd en dat tussen de verschillende fases de werken door de leidend ambtenaar zullen worden geschorst. De uitvoeringsperiode kan tevens worden geschorst afhankelijk van “specifieke bepalingen (o.a. broedseizoen)” die van

kracht zijn in het natuurpark en de natuurlakte Zwin. Hierbij wordt in het bestek, wat betreft de uitvoeringstermijn, uitdrukkelijk gewezen op artikel 29, § 1, van de ‘algemene aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de concessies voor openbare werken’, bijlage bij het koninklijk besluit van 26 september 1996, dat in zijn derde lid luidt:

“Wanneer de werken op bevel of door toedoen van de aanbestedende overheid of krachtens de bepalingen van het bestek worden onderbroken, dient de aannemer op zijn kosten alle nodige voorzorgsmaatregelen te treffen ten einde de werken en materialen te vrijwaren tegen mogelijke beschadigingen door ongunstige weersomstandigheden, diefstal of kwaadwillige daden”.

7. Omdat de aannemer aldus de besteksverplichting heeft om tijdens de in het bestek omschreven schorsingsperiodes te blijven instaan voor het nodige onderhoud, de instandhouding van de werken en het behoud van de nutsvoorzieningen, wordt hiervoor in “een aparte meetpost (per maand – vermoedelijke hoeveelheid) voorzien”, zijnde post 9.

8. In het verzoekschrift verduidelijkt verzoekende partij dat zij, wat voormelde meetpost betreft, een prijs heeft berekend rekening houdend met een demobilisatie en nadien, na één maand schorsing, opnieuw een mobilisatie (herinrichting)” en met schadevergoedingen, waardoor zij kwam tot een prijs van 68.951,28 euro voor de vermoedelijke hoeveelheid van één maand. Volgens verwerende partij lag die prijs veel hoger dan de gemiddelde prijs bij de andere inschrijvers – zulks wordt als dusdanig niet betwist door verzoekende partij. Tevens wordt in het verzoekschrift geargumenteed dat de “ingeschatte vermoedelijke hoeveelheid onjuist [lijkt] te zijn en mogelijks te laag ingeschat” en dat verwerende partij “mogelijk zinnens [blijkt] te zijn om de aanneming ‘maanden’ te schorsen”.

9. Het valt op dat verzoekende partij in haar samenvattende opmetingsstaat aangaande post 9 verwijst naar “euro/maand”, wat lijkt te staan voor “euro per maand”, waardoor op het eerste gezicht in de offerte van

verzoekende partij alvast niet wordt uitgesloten dat de in het bestek voorziene schorsing langer kan duren dan één maand, wat bovendien niet kan worden uitgesloten bij een vermoedelijke hoeveelheid. In dergelijk geval zou verwerende partij elke maand dat de schorsing duurt, telkens een prijs voor de demobilisatie en mobilisatie van de werf moeten dragen, wat op het eerste gezicht moeilijk verenigbaar lijkt met het gegeven dat post 9 nu net betrekking heeft op de instandhouding van de werfinstallaties. Het feit dat die kost niet is opgenomen op pagina 27 tot en met 30 van het bestek, zoals dit wordt opgeworpen door verzoekende partij, lijkt niet doorslaggevend, omdat het daar gaat om ‘bijkomende werken en kosten’ die de bepalingen van het standaardbestek aanvullen en dus niet de hoofdzaak uitmaken.

10. In de prijsverantwoording argumenteert verzoekende partij dat zij, conform artikel 15, § 5, van de algemene aannemingsvoorwaarden, recht heeft om een eis tot schadevergoeding in te dienen, en de schadevergoeding wegens onderbreking van een overheidsopdracht van werken wordt in de prijsverantwoording berekend. Voornoemd artikel 15, § 5, bepaalt echter dat deze onderbrekingen niet mogen voorzien zijn in het bestek, terwijl te dezen de schorsing uitdrukkelijk was bepaald in het bestek, wat de toepassing van die bepaling dan ook lijkt uit te sluiten. Toch lijkt verzoekende partij, hoewel het bestek stelt dat geen aanspraak kan worden gemaakt op vergoedingen wegens de schorsingen en post 9 betrekking heeft op het onderhoud, de instandhouding van de werken en de nutsvoorzieningen, in haar post 9 een schadevergoeding van 38.712,05 “euro/maand” te hebben opgenomen.

In haar prijsverantwoording verwijst verzoekende partij zelf naar W. Abbeloos en D. Abbeloos, “De schadevergoeding wegens onderbreking van een overheidsopdracht van werken”, *RW* 2003-04, waarin op bladzijde 647 wordt geargumenteerd dat:

“de aannemingssom, zoals deze werd berekend op het ogenblik van het indienen van de offerte, alle voorzienbare kosten dekt die verbonden zijn

aan een normale uitvoering van de overeenkomst, d.w.z. er werd rekening gehouden met alle voorzienbare omstandigheden. Van zodra echter de uitvoering van de werken door de aanbestedende overheid of ten gevolge van onvoorzienbare omstandigheden wordt onderbroken, heeft deze schorsing een directe invloed op al de onderscheiden kostenelementen die de totale aannemingssom vormen.

Deze elementen zijn: 1) de personeelskosten; 2) de materiaalkosten; 3) de algemene vaste kosten; 4) de bouwplaatskosten; 5) de winst”.

Verwerende partij lijkt dan ook haar beoordelingsvrijheid niet te buiten te zijn door te hebben beslist dat de schadevergoedingen wegens onderbreking van de werken ten gevolge van onvoorziene omstandigheden, zoals dit volgt uit het in de prijsverantwoording ingeroepen artikel 15, § 5, van de algemene aannemingsvoorwaarden, niet in post 9 mogen worden opgenomen. De te verwachten onderbrekingen in de werken dienden door verzoekende partij in haar prijsberekening te zijn voorzien, zonder dat zij zich hierbij (reeds) in haar offerte een vergoeding kon toekennen in het kader van niet te voorziene onderbrekingen.

11. Ten slotte lijkt verzoekende partij niet aan te tonen dat uit de prijsverantwoording voor de posten 40 en 87, gegeven door de gekozen inschrijver, blijkt dat die inschrijver niet “voorziet in één of andere kost voor de schorsing en de kosten die verzoekende partij heeft voorzien in post 9”.

12. Er lijkt dan ook geen schending voorhanden te zijn van de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen.

13. Het middelonderdeel is niet ernstig.

14. Het tweede onderdeel van het middel dient niet meer te worden onderzocht. Uit hetgeen voorafgaat lijkt het immers dat verzoekende partij niet heeft aangetoond dat de aanbestedende overheid op het besproken discussiepunt haar prijsverantwoording ten onrechte heeft afgewezen. Dienvolgens lijkt in elk geval een dragend motief van de bestreden beslissing rechtmatig.

VI. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 10 september 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Dierk Verbiest