

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 110.107 van 10 september 2002
in de zaak A. 66.682/XII-3052.**

In zake : WASTE COLLECTION SYSTEMS,
besloten vennootschap naar Nederlands recht,
die woonplaats kiest bij
advocaten E. Monard, P. Carlier, R. Coninx, L. Linders,
K. Geelen en M. Schotsmans,
kantoor houdende te Hasselt,
Gouverneur Roppesingel 131

tegen :

de CVBA INTERCOMMUNALE VERENIGING "LAND VAN
AALST",
die woonplaats kiest bij
advocaat M. Senelle,
kantoor houdende te Brussel,
Terhulpesteenweg 110, bus 5.

tussenkomen de partij :

de NV PLASTIC OMNIUM,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. Lindemans,
kantoor houdende te Brussel,
Keizerslaan 3.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de besloten vennootschap naar
Nederlands recht Waste Collection Systems (W.C.S.) op 2 december 1995 heeft
ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :

- “1. de beslissing van het directiecomité van de c.v.b.a. Intercommunale Vereniging
'Land van Aalst' van 5 juli 1995 waarbij werd beslist verzoekende partij te weren
als regelmatig inschrijver.
2. de beslissing van het directiecomité van de c.v.b.a. Intercommunale Vereniging
'Land van Aalst' van 5 juli 1995 waarbij werd beslist de overheidsopdracht tot
leveren van containers voor G.F.T.-inzameling toe te wijzen aan de n.v.
PLASTIC OMNIUM.
3. de beslissing van de Raad van Bestuur van de c.v.b.a. Intercommunale Vereni-
ging 'Land van Aalst' van 3 oktober 1995 waarbij de beslissing van het directieco-
mité van 5 juli 1995 tot toewijzing van de overheidsopdracht wordt bevestigd.”;

Gelet op het arrest nr. 58.854 van 27 maart 1996 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 10 juni 1996;

Gelet op de beschikking van 20 juni 1996 die de tussenkomst van de NV Plastic Omnium toelaat;

Gezien de toelichtende memories;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 24 april 2001 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 11 maart 2002 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 30 april 2002;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat I. Dedecker, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat J. Joos, die loco advocaat D. Lindemans verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. De verwerende partij (hierna : ILVA) schrijft voor de aankoop van containers voor GFT-inzameling en bijhorende prestaties een algemene offerteaanvraag uit.

1.2. Volgens het toepasselijke bestek AI/GFT/9401 omvat de opdracht “in hoofdzaak, verspreid over het ganse ILVA-werkingsgebied :

- een voorafgaande onderzoeks- en sensibilisatieronde aangaande de bedeling van GFT-containers;
- de levering en bedeling van GFT-inzamelcontainers voor 105.000 aansluitingen;
- de nazorg gedurende een periode van 10 jaar volgend op de levering omvattende permanente sensibilisatie, rapportering en vooral instandhouden en zo nodig aanvullen van het geheel der uitgezette containers;
- de terugname van de geleverde materialen voor recyclage bij het beëindigen van het contract”.

1.3. Wat de uitvoeringstermijn betreft, is onder meer bepaald dat de eerste levering verplicht vóór 29 februari 1996 dient te zijn voltooid, uit minstens 20.000 containers dient te bestaan en dat ten laatste op 31 december 1996 alle containers moeten zijn geleverd.

Artikel 44 van de administratieve bepalingen van het bestek legt zes gunningscriteria vast, in afnemende volgorde van belangrijkheid, met bepaalde wegingsfactoren.

De raming bedraagt voor deel 1 (levering containers) 94.360.000 frank en voor deel 2 (bijhorende prestaties) 368.550.000 frank.

1.4. Bij de opening der inschrijvingen op 9 mei 1995 blijken vier ondernemingen offertes te hebben ingediend die na rekenkundig nazicht als volgt worden gerangschikt :

- | | |
|-----------------------|-----------------------------|
| - BVBA w.c.s. Belgium | : 315.437.487 frank |
| - “ | : 325.410.137 frank optie 2 |
| - “ | : 330.515.887 frank optie 1 |
| - NV Plastic Omnium | : 455.003.700 frank |
| - NV Otto Belgium | : 536.579.700 frank |
| - NV Europartners | : 549.998.700 frank. |

1.5. Met een ter post aangetekende brief van 24 mei 1995 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij, “met toepassing van artikel 25, § 2, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten”, verantwoording van de prijzen voor 18 posten.

Met een ter post aangetekende brief van 1 juni 1995 geeft de verzoekende partij haar verantwoording. Met een aangetekende brief van 19 juni 1995 geeft de verwerende partij te kennen dat zij niettemin de bedoelde prijzen als abnormaal beschouwt.

1.6. Op 30 juni 1995 wordt een uitgebreid onderzoeksverslag opgesteld.

Wat de inschrijving van de verzoekende partij betreft worden na onderzoek van de gegeven verantwoording de prijzen voor de posten 2.1.1. : groene telefoonlijn aanloophase, 2.1.2. : vooronderzoek en sensibilisatie en 2.3.1. : groene telefoonlijn uitloophase als abnormaal beschouwd.

Verder wordt gesteld :

“In bijlage 13 gevoegd bij de inschrijving gewaagt de leverancier Jcoplastic van een afwijkende boeteclausule dan deze in het bestek art. 48 voor wat betreft laattijdige leveringen van containers. Hoewel het voorstel strenger is voor bepaalde termijnen, wordt de boete hierbij steeds procentueel bepaald op een lot van 20.000 containers. Het bestek laat deze beperking niet toe : de boete is te berekenen op de globale levering van alle containers.

Enige restrictie op de bepalingen van het bestek ter zake mag niet toegestaan worden. Wanneer een inschrijver in zijn inschrijving een afwijking indient van de algemene contractuele en administratieve bepalingen van het bestek, is dit een verbintenisrechtelijk gebrek, m.a.w. een onregelmatigheid. Dit is hier het geval omdat deze inschrijver een voor het bestuur, ILVA cvba, meer nadelige boeteregeling dan in het bestek voorzien, vraagt.

De rechtsgrond om tot deze onregelmatigheid te besluiten is art. 14, artikel 20 en artikel 25 van het koninklijk besluit van 22 april 1997”.

Geconcludeerd wordt :

“Het bestuur dient -als maatregel van behoorlijk bestuur- een oordeel te vellen over de risico's en garanties die een bepaalde inschrijver biedt en wat het effect en het risico hiervan is voor het bestuur.

Vermits het hier [...] gaat over een financieel onzekere inschrijver met één enkele persoon als verantwoordelijke en dit voor een aanzienlijke prestatie over een periode van tien jaar, houdt een overeenkomst met deze firma te grote risico's in.

Daarenboven houdt deze inschrijving [...] een onmiskenbare onregelmatigheid in door het indienen van een afwijkende meer voordelige boeteclausule”.

Voorgesteld wordt de bieding van W.C.S. Belgium “niet [te] weerhouden”.

1.7. Het directiecomité van de verwerende partij besluit op 5 juli 1995, na kennisneming van het verslag opgesteld door de bijzondere beoordelingscommissie met afgevaardigden van ILVA en van OVAM en na te hebben vastgesteld dat twee offertes, namelijk van de BVBA W.C.S. Belgium en de NV Europartners Corporation, onregelmatig zijn en dienen te worden geweerd, de opdracht toe te wijzen aan de tussenkomenende partij voor een totaal bedrag van 431.783.700 frank, BTW niet inbegrepen.

1.8. Met een ter post aangetekende brief van 3 oktober 1995 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mede dat haar ingevolge de beslissing van het directiecomité van 5 juli 1995 de opdracht niet is toegewezen en haar inschrijving als onregelmatig werd beschouwd, eensdeels, omdat er een afwijkende boeteclausule in opgenomen is waardoor de offerte een “verbintenisrechtelijk gebrek” vertoont en, anderdeels, wegens als “abnormaal beschouwde eenheids- of totale prijzen”.

1.9. Met een brief van 18 oktober 1995 vraagt de verzoekende partij de gemotiveerde beslissing.

Met een brief van 26 oktober 1995 zendt de verwerende partij aan de verzoekende partij een uittreksel uit de notulen van het directiecomité van 5 juli 1995, bevestigd door de raad van bestuur op 3 oktober 1995;

2. Over de gegrondheid van het beroep.

2.1. Overwegende dat de verzoekende partij een eerste middel steunt op de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van artikel 44, laatste lid, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten doordat, eensdeels, uit de bestreden beslissing niet blijkt waarom prijzen van een andere inschrijver niet als abnormaal werden beschouwd of het eventueel abnormaal karakter ervan niet tot de onregelmatigheid van diens inschrijving heeft geleid, anderdeels, de verwerende partij er ten onrechte van is uitgegaan dat de inschrijving van de verzoekende partij niet regelmatig was wegens de opneming van een van het bestek afwijkende boeteclausule

en het abnormaal karakter van de prijzen voor de posten 2.1.1., 2.1.2. en 2.3.1.; dat zij nader betoogt dat de door de fabrikant in zijn brief van 3 mei 1995 opgegeven boeteclausule een bijkomende garantie, naast die van de verzoekende partij, biedt aan het bestuur en geen afbreuk doet aan of niet afwijkt van de boeteclausule zoals die door de verzoekende partij op bladzijde 15 van haar offerte conform de besteksbepalingen werd onderschreven; dat zij daar in haar memories nog aan toevoegt dat het bestuur er ten onrechte van uitgaat dat de boete bepaald moet worden ten aanzien van de gehele levering, dat het bestek niet afwijkt van artikel 48, § 3, 4°, van het ministerieel besluit van 10 augustus 1977 houdende vaststelling van de algemene aannemingsvoorwaarden van de overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, dat die bepaling er letterlijk in voorziet dat wanneer de opdracht zoals te dezen uit verschillende delen of fasen bestaat, voor de toepassing van de boeten elk van de onderdelen met een afzonderlijke opdracht wordt gelijkgesteld, dat ten slotte de brief van de fabrikant enkel de levering en niet de uitzetting bij de gezinnen betreft zodat daarin uiteraard geen referentie werd gemaakt naar de boetes onder punt 2.3.2.3., 2.3.2.5. en 2.3.2.6. die deze uitzettingen of de vervanging en het onderhoud betreffen;

2.2.1. Overwegende dat met een brief van 3 oktober 1995 de verzoekende partij ervan in kennis werd gesteld dat haar inschrijving als onregelmatig werd geweerd, enerzijds, wegens het opnemen van een van het bestek afwijkende boeteclausule, anderzijds, wegens abnormale prijzen zoals medegedeeld in de brief van 19 juni 1995; dat in laatstgenoemde brief de posten werden gepreciseerd waarvoor een abnormaal geachte prijs werd opgegeven alsook de reden waarom die prijzen als abnormaal werden beschouwd; dat de verzoekende partij aldus op de hoogte werd gesteld van de motieven van onregelmatigverklaring van haar offerte zodat zij in staat was zich hiertegen te verzetten met de middelen die het recht haar verschaft; dat het middel in zoverre het gesteund is op de schending van de formele motiveringsplicht niet gegrond is;

2.2.2.1. Overwegende dat artikel 48, § 3, “Boeten wegens laattijdige oplevering” van de administratieve bepalingen van het bestek bepaalt :

“Ingeval de uitvoeringstermijn opgegeven bij de inschrijving niet werd nageleefd, wordt voor het aantal kalenderdagen vertraging een boete toegepast zoals aangegeven in artikel 48, § 3 [van het koninklijk besluit van 22 april 1977]. Hierin wordt echter punt 6. vervangen door :
het totaal bedrag der boeten wordt beperkt tot :
a. 5% van het bedrag M van de goedgekeurde inschrijving voor zover het aantal kalenderdagen vertraging (n) kleiner is dan $\frac{2}{5}$ van N.

- Deze bepalingen doen geen afbreuk aan de toepassing van de expliciete boetes voor laattijdige ingrepen tijdens de 'verzorgingsfase' zoals vermeld sub 2.3.2.3., 2.3.2.5. en 2.3.2.6. van de technische bepaling hierna.”;

2.2.2.2. Overwegende dat, wat de besteksbepalingen inzake de boeten voor te late levering betreft, de offerte van de verzoekende partij telkens, dus zowel bij het voormelde artikel 48, § 3, van deel I -administratieve bepalingen-, als bij de boeteclausules onder de punten 2.3.2.3., 2.3.2.5. en 2.3.2.6. van deel II -technische bepalingen-, na de herneming van die bepalingen, in vette letter toevoegt : “zie Bijlage 13”; dat die bijlage 13 bij haar offerte, de brief is van 3 mei 1995 van haar leverancier, te weten de srl naar Italiaans recht JCOPLASTIC; dat in die brief de leverancier schrijft, geadresseerd aan ILVA :

- Per levering van 20.000 stuks Binnen 90 dagen, na opdracht
- Voor vertragingen tot 24 dagen 5% van de aankoopprijs
- Voor vertragingen boven 24 dagen 10% van de aankoopprijs
- Voor vertragingen boven 30 dagen In overeenstemming met het artikel 48.4”;

XII-3052-7/10

laatstgenoemde partij en die leverancier, de vermelding in de offerte overbodig zou zijn en de brief niet als een expliciete bijlage zou zijn toegevoegd aan de offerte;

Overwegende dat een vergelijking tussen beide clausules leert dat de clausule zoals bedongen door de leverancier van de verzoekende partij afwijkt van die van het bestek; dat vooreerst het bestek de boete bepaalt op de levering van alle 105.000 containers terwijl blijkens de brief van 3 mei 1995 de boete wordt bepaald per levering van 20.000 containers, dat daarenboven de door de leverancier bedongen boeteclausule moet worden begrepen als dat de in de punten 2.3.2.3., 2.3.2.5. en 2.3.2.6. vastgestelde boetes van 10.000 frank per dag en per container niet worden geaccepteerd; dat, wat de eerste afwijking betreft, de verzoekende partij niet wordt bijgetreden waar zij aanvoert dat artikel 48, § 3, 4°, van het voornoemde koninklijk besluit van 22 april 1977 toepasselijk is aangezien de opdracht uit verschillende delen of fasen bestaat; dat weliswaar het bestek onder punt 1.7. van de administratieve bepalingen een gefaseerde planning over maximaal vijf partijen oplegde waarbij een eerste levering verplicht vóór 29 februari 1996 voltooid diende te zijn en uit minstens 20.000 containers diende te bestaan en ten laatste op 31 december 1996 alle containers geleverd dienden te zijn; dat verzoekende partij echter juist verzuimde een gefaseerd termijnoverzicht te geven over de verschillende loten; dat zij wel stelt een eerste partij van minimum 20.000 containers te zullen leveren vóór 29 februari 1996 maar voorts enkel stelt alle containers ten laatste op 31 december 1996 te zullen leveren; dat het bedoelde artikel 48, § 3, 4°, bepaalt :

“4° Wanneer de opdracht uit verschillende loten bestaat, ieder met een eigen uitvoeringstermijn N en een eigen bedrag M, wordt van de toepassing van de boeten elk van de onderdelen met een afzonderlijke opdracht gelijkgesteld”;

dat te dezen dit artikel niet kan worden toegepast, nu er geen fasen zijn opgegeven met een eigen termijn N en bedrag M; dat, wat de tweede afwijking betreft het feit dat de brief van de leverancier “uiteraard” niet de punten 2.3.2.3., 2.3.2.5. en 2.3.2.6. zou betreffen, in tegenstrijd is met de expliciete vermelding, door de verzoekende partij, van de verwijzing naar die brief, bij die drie punten; dat in die veronderstelling die verwijzing zinloos is; dat zij er echter wel staat en dus zinvol moet worden geïnterpreteerd; dat dergelijke interpretatie enkel kan zijn dat voor de drie opdrachten uit de “verzorgingsfase”, bedoeld in die drie rubrieken, en die de verzoekende partij niet aan de leverancier toeschrijft, zijzelf die bijzondere, afwijkende boeteclausule wil toegepast zien;

2.2.2.3. Overwegende dat aldus er wel degelijk een afwijkende boeteclausule is die niet te verwaarlozen afwijkingen inhoudt van essentiële bepalingen van het bestek met betrekking tot de sancties die zullen worden opgelegd in geval van het niet naleven van de overeengekomen uitvoeringstermijnen, van aard om de objectieve vergelijking van de inschrijvingen aan te tasten; dat in acht genomen het principe van de gelijkheid van de inschrijvers die onregelmatigheid op zich reeds een voldoende motief uitmaakte om de inschrijving van de verzoekende partij als onregelmatig te verwerpen; dat dienvolgens de Raad van State geen aandacht meer moet besteden aan het tweede weringsmotief, namelijk de abnormale prijs; dat het middel niet gegrond is;

2.3. Overwegende dat de verzoekende partij een tweede middel ontleent aan de schending van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales waarin de bevoegdheden van de organen van de intercommunales worden bepaald, doordat de beslissing om haar inschrijving als onregelmatig te beschouwen enkel werd genomen door het directiecomité;

2.4. Overwegende dat het middel niet gegrond wordt bevonden alleen reeds omdat niet wordt betwist dat de bestreden beslissingen genomen door het directiecomité op 3 oktober 1995 werden bevestigd door de raad van bestuur van de verwerende partij;

2.5. Overwegende dat geen van de middelen gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 99,16 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 74,37 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
tien september 2002, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.