

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 120.103 van 3 juni 2003
in de zaak A. 136.795/XII-3865.**

In zake : 1. de BVBA AELTERMAN,
 2. de NV HYE,
 3. de NV GTI-INFRA,
 samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaten J. Ghysels en P. Flamey,
 kantoor houdende te 1050 Brussel,
 Aarlenstraat 25

tegen :

de NV ZEEKANAAL EN WATERGEBONDEN GROND-
BEHEER VLAANDEREN,
die woonplaats kiest bij
advocaten K. Leus en B. Schutyser,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Goedheidsstraat 5-7.

tussenkomen de partijen :

1. de NV HERBOSCH-KIERE,
2. de NV VICTOR BUYCK STEEL CONSTRUCTION,
3. de NV ENI,
samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend,
die woonplaats kiezen bij
advocaat bij het Hof van Cassatie J. Verbist,
en advocaat F. Van Nuffel,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Brederodestraat 13.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de BVBA Aeltermán, de NV Hye
en de NV Gti-Infra, samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend, op 16 mei
2003 hebben ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te
vorderen van de tenuitvoerlegging van :

- “1. de expliciete beslissing van de NV zeekanaal en Watergebonden
Grondbeheer Vlaanderen van ongeken de datum waarbij de opdracht
voor het ontwerpen en bouwen van een nieuwe Boulevardbrug over het
kanaal Brussel-Schelde te Willebroek, conform het bestek nr. 1103,

- werd toegewezen aan de Tijdelijke Handelsvennootschap Herbosch-Kiere NV - Buyck Steel Construction NV - ENI NV
2. de impliciete beslissing van ongekende datum waarbij de opdracht voor het ontwerpen en bouwen van een nieuwe Boulevardbrug over het Zeekanaal Brussel-Schelde te Willebroek, conform het Bestek nr. 1103, niet werd toegewezen aan verzoekster”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 19 mei 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 27 mei 2003, om 11.00 uur;

Gezien het ter terechtzitting neergelegde verzoekschrift waarbij de NV Herbosch-Kiere, de NV Victor Buyck Steel Construction en de NV Eni, samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend, hebben gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten P. Flamey en S. Knaepen, die verschijnen voor de verzoekende partijen, van advocaat B. Schutyser, optredend in eigen naam en loco advocaat K. Leus, die verschijnen voor de verwerende partij, en van advocaat F. Van Nuffel, die verschijnt voor de tussenkomende partijen;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;

Overwegende dat de NV Herbosch-Kiere, de NV Victor Buyck Steel Construction en de NV Eni als begunstigden van de eerste bestreden beslissing er belang bij hebben dat de vordering afgewezen wordt zodat hun verzoek tot tussenkomst dient te worden ingewilligd;

1. Over de exceptie.

Overwegende dat de tussenkomende partijen in een exceptie aanvoeren dat de Raad van State niet bevoegd is om van de vordering kennis te nemen; dat zij daartoe enkel betogen dat de verwerende partij geen administratieve

overheid is in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, aangezien deze geen eenzijdige beslissingen kan nemen die derden kunnen binden, onder verwijzing naar een arrest van het Hof van Cassatie van 14 februari 1997;

Overwegende dat in een kort geding, en zulks geldt des te meer in een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid, de Raad van State slechts een beperkt onderzoek kan wijden aan excepties van onbevoegdheid of van onontvankelijkheid; dat, aangezien de verzoekende partij er zich minder behoorlijk tegen in bescherming kan nemen dan in de procedure ten gronde, het dienvolgens in een kort geding past dat de Raad van State een exceptie van onbevoegdheid veeleer zou verwerpen dan aannemen tenzij indien zijn beperkt onderzoek uitwijst dat een dergelijke exceptie een hoge graad van ernst vertoont;

Overwegende dat de verwerende partij verklaart zich wat de exceptie betreft naar de wijsheid van de Raad te gedragen maar alvast wijst op het feit dat zij opgericht is door een decreet van 4 mei 1994 betreffende de naamloze vennootschap Zeekanaal en Watergebonden Grondbeheer Vlaanderen waarbij zij bevoegdheden zou hebben verkregen op grond waarvan zij derden kan binden en voorts dat in voorgaande rechtspraak de Raad van State haar als administratieve overheid zou hebben aangemerkt; dat uit dat decreet alvast blijkt dat enkel is voorzien in aandeelhouders met een publiekrechtelijk karakter, namelijk het Vlaamse Gewest, gemeenten en gewestelijke ontwikkelingsmaatschappijen, en sprake is van bevoegdheden tot onteigenen en tot het vaststellen en innen van scheepvaart-, haven- en terreingelden; dat daartegenover slechts de loutere affirmatie staat van de tussenkommende partijen; dat uit hetgeen voorafgaat in de huidige stand van de procedure moet worden afgeleid dat de exceptie onvoldoende ernst vertoont en dat zij niet wordt aanvaard;

2. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de in het geding zijnde opdracht volgens het toepasselijke bestek BB 1103 (blz. 5 en volgende), als doel heeft "de bouw van een nieuwe Boulevardbrug over het Zeekanaal Brussel-Schelde te Willebroek" en de opdrachtbeschrijving onder meer als volgt luidt :

- “1. Gedeelte burgerlijke bouwkunde
- 1. Het maken van het ontwerp van de basculebrug [...]

7. De bouw van de eigenlijke basculebrug [...]
 2. Gedeelte mechanische en hydraulische uitrusting
 1. De mechanismen van de brug
 - 1.1. Algemene opvatting
- De elektromechanische uitrusting van de brug omvat :
- twee basculassen
 - twee basculelagers en -lagerhuizen
 - twee basculevijzels
 - twee schommeljukken en ondersteuningsfreems van de basculevijzels [...]

dat onder de beschrijving van de opdracht in het bijgevoegd artikel 701, punt 1.1. van het bestek (blz. 227) wordt gesteld dat “het kunstwerk bestaat uit een basculebrug met een doorvaartbreedte van 57 m en een vaste toegangs-overspanning”; dat artikel 115 van de administratieve bepalingen van het bestek bepaalt dat “vrije varianten toegelaten [zijn]” en dat “bij deze vrije varianten rekening [wordt] gehouden met de technische voorschriften van onderhavig bestek”;

Overwegende dat de verzoekende partijen als enige inschrijvers meer dan één offerte hebben ingediend, namelijk een offerte voor een basculebrug, een offerte voor een dubbele basculebrug en een offerte voor een draaibrug;

3. De vordering.

Overwegende dat met de voorliggende vordering de verzoekende partijen drie middelen aanvoeren die zij als ernstig aanmerken; dat zij het eerste middel steunen op de grief, dat

“de gunningsbeslissing in casu gesteund is op het motief dat de ingediende offerte 'variante II' -die voorziet in de conceptie en realisatie van een draaibrug daar waar de basisofferte een basculebrug viseert- van verzoekster 'onregelmatig' zou zijn omdat deze zogenaamd niet conform het bestek zou zijn, dat enkel in de conceptie en bouw van een basculebrug zou voorzien”.

terwijl,

“het kwestieuze bestek nr. 1103 het indienen van een offerte met 'vrije varianten' uitdrukkelijk toeliet (artikel 115 van het Bestek 1103, zie pagina 28 van het Bestek)”;

dat de verzoekende partijen in een tweede middel de motieven bekritisieren die in ondergeschikte orde zijn aangegeven door de aanbestedende overheid om de voormelde offerte “variante II” als onregelmatig te verwerpen;

Overwegende dat de verzoekende partijen in een derde middel betogen dat ten onrechte de beoordelingscommissie besloten heeft dat de tussenkomenende partij acht punten verdiende voor het onderdeel electromechanica en het bestreden besluit deze beoordeling tot de zijne heeft gemaakt;

Overwegende dat deze middelen over 31 bladzijden zijn uitgewerkt en daarbij tal van rechtsregels geschonden worden geacht; dat de vordering voorts een feitenrelaas en een beschrijving van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel bevat, en een motivering van de uiterst dringende noodzakelijkheid;

4. Beoordeling.

Overwegende dat luidens artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de aanbestedende overheid, behalve wanneer het bestek hierover anders beschikt, de eventuele vrije varianten die door de inschrijvers voorgesteld worden in overweging kan nemen en deze varianten de minimumvoorwaarden moeten vervullen die in het bestek vermeld staan;

Overwegende dat te dezen artikel 115 van de administratieve bepalingen van het bestek bepaalt dat “vrije varianten toegelaten [zijn]”; dat echter nergens in het bestek minimumvoorwaarden lijken te zijn bepaald waaraan de varianten moeten voldoen; dat dienvolgens bij toepassing van het voormelde artikel 16 van de wet van 24 december 1993 geen vrije varianten lijken te zijn toegelaten; dat weliswaar het genoemde artikel 115 eveneens bepaalt dat “bij deze vrije varianten rekening [wordt] gehouden met de technische voorschriften van onderhavig bestek”, maar dat, alvast in de huidige stand van het geding, niet wordt ingezien op welke wijze een vrije variante dan terzelfdertijd aan alle technische vereisten van het bestek zou voldoen en toch nog zou verschillen van een basisofferte; dat dienvolgens de bepalingen van artikel 115 de inhoud van het begrip vrije variante lijken te schenden en dienvolgens in het kader van de voorliggende opdracht alle vrije varianten substantieel onregelmatig lijken te zijn;

Overwegende dat te dezen de verzoekende partijen een draaibrug hebben voorgesteld als hun tweede vrije variante; dat alleen reeds op grond van hetgeen voorafgaat die offerte als niet-toegestane variante niet lijkt te zijn toegestaan; dat zij overigens evenmin verenigbaar lijkt met de “technische voorschriften van het

bestek”, waaronder ook, in tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partijen in hun eerste middel betogen, de algemene beschrijving van de opdracht moet worden begrepen die een draaibrug lijkt uit te sluiten aangezien daarin alleen een basculebrug lijkt te zijn beschreven;

Overwegende dat de verzoekende partijen naast hun basisofferte en naast de voornoemde derde offerte (die zij als “vrije variante II” aanmerken) nog een tweede offerte -voor een dubbele basculebrug- hebben ingediend (door hen “vrije variante I”) genoemd; dat de basisofferte en die tweede offerte lijken te voldoen aan de technische voorschriften van het bestek zodat dienvolgens, aangezien zoals reeds is vastgesteld te dezen geen vrije varianten toegestaan lijken, de verzoekende partijen twee besteksconforme offertes hebben ingediend, hetgeen in tegenstrijd lijkt met artikel 103 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, luidens welke bepaling “onafgezien van eventuele varianten, ieder inschrijver slechts één offerte [mag] indienen per opdracht”; dat bijgevolg geen van de offertes van de verzoekende partijen regelmatig lijkt, dat alsdan de verzoekende partijen geen belang lijken te hebben om de nietigverklaring te vorderen van de bestreden beslissingen aangezien de in het geding zijnde opdracht wegens de onregelmatigheid van al hun inschrijvingen hun in elk geval niet lijkt te mogen worden toegewezen; dat op die grond de vordering tot schorsing moet worden afgewezen aangezien overeenkomstig artikel 17, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging slechts kan worden bevolen indien de bestreden beslissing vatbaar is voor vernietiging hetgeen te dezen bij gebrek aan belang in hoofde van de verzoekende partijen niet het geval lijkt,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Herbosch-Kiere, de NV Victor Buyck Steel Construction en de NV Eni, samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend, in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 525 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen, elk voor een derde.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure, bepaald op 375 euro, komen ten laste van de tussenkomende partijen, elk voor een derde.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op drie juni 2003, door :

de H.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.