

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 125.126 van 6 november 2003
in de zaak A. 143.151/XII-3971.**

In zake : de NV Ch. DE WIT,
die woonplaats kiest bij
advocaat E. Pringuet,
kantoor houdende te Gent,
Kroonprinsstraat 1

tegen :

het GEMEENTELIJK HAVENBEDRIJF ANTWERPEN,
dat woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe en R. Heijse,
kantoor houdende te 1060 Brussel,
Henri Wafelaertsstraat 47-51, bus 1.

tussenkommende partij :

de NV LEYSEN,
die woonplaats kiest bij
advocaat B. Martens,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 106.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Ch. De Wit op 27 oktober 2003 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van de “gunningsbeslissing van het Directiecomité van het Autonoom Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen van donderdag 9 oktober 2003 met betrekking tot nr. 030796 Bestek B 9061 - Het per schip verdelen van drinkwater aan de binnenvaart in de haven van Antwerpen - , waarin werd beslist om het verdelen van drinkwater in de Haven van Antwerpen te gunnen aan de firma Leysen NV voor een bedrag van 369.000 €, met als bijlage het gunningsverslag en de vergelijkingstabel, ter kennis gebracht aan verzoekster op 22 oktober 2003”;

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partij de nietigverklaring vordert van onder meer dezelfde beslissing;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 28 oktober 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 4 november 2003, om 10.30 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat N. Brys, die loco advocaat E. Pringuet verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat R. Heijse, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat B. Martens, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat de NV Leysen met een ter terechtzitting neergelegd verzoekschrift heeft gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en er belang bij heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de feiten dienstig voor de beoordeling van de vordering tot schorsing de volgende zijn :

1.1. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen organiseert een openbare aanbesteding met als voorwerp “Het per schip verdelen van drinkwater aan de binnenvaart in de haven van Antwerpen”.

1.2. Het toepasselijke bestek nr. 9061 bepaalt onder rubriek 1.3. onder meer :

“De opdracht vangt aan op 1 januari 2004 en loopt tot 31 januari 2005. De opdracht kan maximaal tweemaal verlengd worden met een periode van 1 jaar en loopt dus maximaal tot 31 januari 2007”.

De door de inschrijver in te vullen en bij zijn inschrijving te voegen “inventaris” vermeldt onder “omschrijving” : “Het per schip leveren van drinkwater gedurende 1 jaar”.

De opening van de offertes wordt vastgesteld op vrijdag 29 augustus 2003 om 11 uur.

1.3. Tussen partijen wordt niet betwist dat vanwege de verzoekende partij in een eerste telefonisch onderhoud aan een aangestelde van het havenbedrijf werd gevraagd of de periode van 13 maanden wel degelijk de looptijd van de opdracht was en dat zulks werd bevestigd.

Volgens de verzoekende partij heeft zij in een tweede telefoongesprek op 22 augustus 2003 gewezen op de tegenstrijdigheid tussen de voormelde 13 maanden en de periode van 1 jaar, vermeld in het inschrijvingsformulier.

De verwerende partij stelt dat het juiste tijdstip van dat telefonisch onderhoud niet vaststaat en dat geen definitief uitsluitsel werd gegeven omtrent de gebeurlijke “fout”.

1.4. Op 26 augustus 2003 zendt de verwerende partij aan “alle aankopers van het bestek” bij faxbericht een “addendum” toe. Dit faxbericht luidt als volgt :

“De aandacht van de inschrijver wordt erop gevestigd dat er een addendum opgemaakt werd dat integrerend deel uitmaakt van het bestek.

Addendum nr. 1

In voornoemd bestek wordt post 1 van de inventaris gewijzigd als volgt :

- post 1 : Het per schip leveren van drinkwater gedurende 13 maanden i.p.v. 1 jaar.

INVENTARIS

(Door de inschrijver in te vullen, te dag- en ondertekenen en bij zijn inschrijving te voegen)

TP : totaalprijs

Nr.	Omschrijving	Eenheid	Eenheidsprijs
1	Het per schip leveren van drinkwater gedurende 13 maanden	TP	
1	BTW	21%	
2	Totaal :		

De aannemer zal overeenkomstig addendum nr. 1 de prijs moeten aanpassen in de inventaris van het bestek.

De aannemer zal bij zijn inschrijving een verklaring voegen waaruit blijkt dat hij met de inhoud van dit addendum nr. 1 rekening heeft gehouden”.

1.5. De verzoekende partij stelt dit faxbericht te hebben ontvangen maar dat op dat ogenblik “de gedelegeerd bestuurder” afwezig was en Peter De Wit, die de voormelde telefoongesprekken had gevoerd “op dat ogenblik van mening was dat hij met voormeld addendum geen rekening meer diende te houden” en voorts dat het faxbericht er is gekomen op zijn verzoek om de andere inschrijvers op de hoogte te brengen van de “fout” in het inschrijvingsformulier en dat het inschrijvingsformulier en de bijlagen zijn ingevuld “overeenkomstig de voorwaarden van het bestek, dus voor dertien maanden en tegen een vaste prijs”.

1.6. Drie ondernemingen dienen een offerte in : de verzoekende partij, de tussenkomende partij en de NV Vlamo.

Met de bestreden beslissing van 9 oktober beslist het directiecomité van de verwerende partij de opdracht toe te wijzen aan de tussenkomende partij NV Leysen voor een bedrag van 369.000 euro, BTW uitgezonderd. Voor “motivatie” wordt naar het “gunningsverslag in bijlage” verwezen.

1.7. In dit gunningsverslag wordt gesteld :

“[...]

Aanbesteding en prijsvergelijking :

Op de opening van de inschrijvingen van het bestek nr. 9061 werd door de drie volgende firma's een offerte ingediend, hieronder gerangschikt volgens stijgende inschrijvingsprijs :

1) De Wit nv : 367.900 €

2) Leysen nv : 369.000 €

3) Vlamo nv : 428.000 €

Regelmatigheid van de offerten :

- De offerte van nv De Wit vermeldt niet dat de inschrijver kennis heeft genomen van het rechtzettingsbericht (addendum 1). Uit de inschrijvingen zelf kan evenmin worden afgeleid dat de inschrijver rekening heeft gehouden met de rechtzetting. Dit gegeven is bovendien van aard dat het de prijs van haar offerte kan beïnvloeden en tevens invloed kan hebben op de rangschikking van de kandidaten. Het is immers niet uit te sluiten dat de prijs van de nv De Wit oorspronkelijk was berekend voor 12 maanden en dat nv De Wit, na kennisname van de prijzen van de andere inschrijvers, heeft gesteld dat haar prijs voor 13 maanden geldt om aldus de laagste inschrijving te hebben. De omstandigheid dat de prijs deelbaar is door 13 en niet door 12 lijkt niet relevant te zijn, vermits geen prijs per maand diende te worden opgegeven. Deze offerte moet dan ook als onregelmatig beschouwd worden en wordt uitgesloten.

- het reserveschip dient nog omgebouwd te worden om te voldoen aan de voorwaarden opgelegd in de technische specificaties (hoofdstuk 5) van het bestek. De ombouwperiode wordt ingeschat op 2 maanden. Dit blijft dus nog mogelijk na de gunning, maar voor de aanvang van de opdracht.
- De drinkwaterboten van nv De Wit zijn tot op heden niet voorzien van een debietsmeter. De firma engageert zich evenwel deze te plaatsen na de gunning van de opdracht.

Zoals aangegeven in bijgevoegde tabel, voldoen Leysen nv en Vlamo nv volledig aan de minimum vereisten van het bestek.

Conclusie :

Aangezien de De Wit nv, wel de goedkoopste bieder is maar niet voldoet aan de minimum vereisten van het bestek, en omdat het prijsverschil tussen nv De Wit en de op één na voordeligste bieder miniem is, adviseer ik de opdracht te gunnen aan Leysen nv aan de prijs van 369.000 €.

Vergelijkingstabel : regelmatigheid van de offertes

Besteksbepalingen (§ nr.)	De Wit nv	Leysen nv	Vlamo nv
art 59, 1° tot en met 7°: (§2.2.1.1)	OK	OK	OK
Bankverklaring: (§2.2.1.2)	OK	OK	OK
Referentielijst: (§2.2.1.3)	OK	OK	OK
Origineel attest van de RSZ: (§2.2.4)	OK	OK	OK
Kopie van de statuten waaruit de volmacht van de gevolmachtigde ondertekenaar van de inschrijving blijkt: (§2.2.4)	OK	OK	OK
Schriftelijke en gemotiveerde verklaring dat de inschrijver operationeel zal zijn op 1 januari 2004: (§2.2.4)	ombouw- periode van 2 maanden van extra schip na toekenning	OK	OK
Verklaring ontvangst addendum 1: fax dd. 26 augustus 2003	Niet bijgevoegd, aangetekend nagezonden	OK	OK
Werkplan: (§5.6)	Eigenschap pen meet- inrichting ontbreekt	OK	OK
Technische gegevens van het schip (§5.6)	OK	OK	OK
Karakteristieken van de pomp(en) (§5.6)	OK	OK	OK
Aantal en inhoud van de tanks (§5.6)	OK	OK	OK

Eigenschappen van de meetinrichtingen (§5.6)	Na de gunning zal een teller geplaatst worden	OK	OK
Omschrijving van de werk-procedures voor behandeling van aanvragen, levering van drink-water, onderhoud van schepen en drinkwatertanks, kwaliteits-borging en controle van drinkwater (§5.6)	OK	OK	OK

1.8. In artikel 2 van de bestreden beslissing wordt “beslist om een stand-still in te bouwen zodat andere inschrijvers de gelegenheid wordt geboden om eventueel hun rechten te verdedigen bij de Raad van State”;

3. De grondvoorwaarden van de vordering.

3.1. Overwegende dat luidens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

3.2.1. Overwegende, wat de eerste voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij betreffende het nadeel aanvoert dat zij over twee tot waterboten omgebouwde schepen beschikt die elk een jaarlijks bedrag van 57.205,05 euro aan vaste kost vertegenwoordigen, dat zij deze schepen aan dumpingprijzen zal moeten verkopen indien haar de in het geding zijnde opdracht niet wordt gegund, dat er immers weinig gegadigden zijn voor dergelijke specifieke schepen, dat het missen van de opdracht ondanks dat zij de laagste prijs bood, haar reputatie schaadt; dat zij betreffende de tweede voorwaarde het beroep op de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid verantwoordt door te verwijzen naar het risico, dat de bestreden toewijzingsbeslissing aan de tussenkomende partij zou worden betekend, nu aan de voormelde “stand-still” geen termijn is verbonden en de gestanddoeningstermijn op 20 november 2003 afloopt;

3.2.2. Overwegende dat de verwerende en de tussenkomende partijen het nadeel pogen te relativieren, waar het de reputatie van de verzoekende partij betreft; dat de tussenkomende partij daarbij ook de financiële weerslag niet als het rechtens vereiste nadeel aanmerkt; dat de uiterst dringende noodzakelijkheid niet wordt betwist;

3.2.3. Overwegende dat de verzoekende partij zich in wezen beroept op de mogelijkheid om zelf de opdracht te kunnen uitvoeren, hetgeen zij door de gevraagde schorsing wil vrijwaren; dat door de betekening van de bestreden beslissing tussen de verwerende en de tussenkomende partij een overeenkomst zou tot stand komen tengevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, gevestigd bij arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de Algemene vergadering van de Afdeling administratie, een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen; dat het bestaan van die overeenkomst de ambitie van de verzoekende partij om zelf de opdracht nog uit te voeren ernstig zou bemoeilijken en een mogelijk herstel in natura verderaf zou brengen; dat aldus moet worden aanvaard dat de verzoekende partij, mede gelet op de specifieke aard van de in het geding zijnde opdracht, door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan; dat voorts kan worden aanvaard dat zij een beroep deed op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, die zij met bekwame spoed blijkt te hebben ingesteld; dat aldus aan de eerste en aan de derde voorwaarde van het voormelde artikel 17 is voldaan;

3.3. Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij een eerste middel afleidt uit onder meer de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, doordat haar offerte werd aangemerkt als onregelmatig en wordt uitgesloten, omdat niet uitdrukkelijk is vermeld dat rekening werd gehouden met het addendum 1, per faxbericht verstuurd op 26 augustus 2003, terwijl in dat addendum een bijkomende voorwaarde aan het bestek werd toegevoegd en het slechts twee dagen voor de opening van de inschrijving werd verstuurd; dat zij nader betoogt dat zowel de “fout in het bestek” als het toezenden van dat addendum slechts twee dagen voor de opening der inschrijvingen als onzorgvuldig moet worden aangemerkt;

Overwegende dat niet wordt betwist dat het door de inschrijvers in te vullen formulier niet in overeenstemming was met de besteksbepalingen; dat in

het eerstgenoemde document van “1 jaar” sprake was en in het bestek van 13 maanden, namelijk van 1 januari 2004 tot 31 januari 2005; dat juist die tegenstrijdigheid, die door de verzoekende partij was opgemerkt, de verwerende partij bracht tot het opstellen en doorfaxen van het meervermelde “Addendum” waarin de gegevens van het inschrijvingsformulier in overeenstemming werden gebracht met die van het bestek zelf; dat de voornoemde initiële discrepantie de verwerende partij als een onzorgvuldigheid lijkt te moeten worden aangerekend;

Overwegende dat echter de wijze waarop deze onzorgvuldigheid werd rechtgezet evenmin als correct overheidshandelen lijkt te kunnen doorgaan; dat zulks immers gebeurde door middel van een faxbericht -waarvan ontvangst nooit zeker lijkt- en bovendien pas op 26 augustus 2003, dienvolgens slechts enkele dagen vóór de opening der inschrijvingen op 29 augustus 2003; dat die wijze van handelen des te meer klemmt, nu door middel van dat addendum eveneens een nieuwe verplichting aan de inschrijvers werd opgelegd, namelijk het toevoegen aan de offerte van een verklaring waaruit blijkt dat met de inhoud van het addendum rekening is gehouden;

Overwegende dat ten slotte het uitsluiten van de offerte van de verzoekende partij, juist op grond van het ontbreken van de voormelde verklaring en de daaruit ontwikkelde beschouwingen over eventuele speculatie door de verzoekende partij, aldus niet op een deugdelijke grondslag lijkt te steunen en dienvolgens eveneens onzorgvuldig lijkt; dat de verwerende partij in haar nota immers uitdrukkelijk stelt dat de andere “motieven” op grond waarvan die beslissing is genomen “overtollige” motieven zijn en het “niet op basis van deze gronden [is] dat de offerte werd afgewezen”; dat dienvolgens de offerte van de verzoekende partij op een onzorgvuldige wijze lijkt te zijn onregelmatig verklaard;

Overwegende dat de verwerende partij zelf de begane onregelmatigheid “relatief” noemt maar desalniettemin nog betoogt dat uit de offerte van de verzoekende partij “niet ondubbelzinnig” bleek dat zij effectief heeft ingeschreven voor een periode van dertien maanden; dat de omstandigheden waarin het addendum tot stand kwam, namelijk in wezen op initiatief van de verzoekende partij, er echter lijken op te wijzen dat verzoekende partij wel degelijk beoogde voor dertien maanden in te schrijven en zulks moeilijk anders lijkt te kunnen worden geïnterpreteerd nu rubriek 2.4.1.1. van het bestek wat prijsbepaling betreft, uitging van een “totale prijs”; dat overigens gelet op de voormelde omstandigheden de

vermeende onduidelijkheid aan de verwerende partij lijkt te moeten worden toegerekend; dat, in de huidige stand van de procedure, dat verweer niet wordt aanvaard; dat evenmin de tussenkomen de partij kan worden gevolgd in haar verweer, dat het verzuim om de meervernoemde verklaring bij de offerte te voegen, een “inschattingfout” is die niet ten laste kan worden gelegd van de verwerende partij; dat immers die zogenaamde “fout” zonder de initiële fout van de verwerende partij niet voorhanden had kunnen zijn en het er niet op lijkt dat dergelijke “fout” van de verzoekende partij op zich, in de gegeven omstandigheden van de zaak, er verplicht toe diende te leiden de betrokken offerte als onregelmatig aan te merken;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat volgt dat het middel in de besproken mate ernstig is; dat de offerte van de verzoekende partij ten onrechte lijkt te zijn geweerd als onregelmatig; dat zulks meteen ook de toewijzingsbeslissing aan de tussenkomen de partij lijkt te vitiëren;

Overwegende dat aldus voldaan is aan de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Leysen in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 9 oktober 2003 van het directiecomité van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen waarbij de opdracht om het per schip verdelen van drinkwater aan de binnenvaart in de haven van Antwerpen volgens bestek 9061, aan de NV Leysen toe te wijzen.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zes november 2003, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.