

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 138.901 van 30 december 2004
in de zaak A. 158.326/XII-4327.**

In zake : de NV HERBOSCH KIERE,
die woonplaats kiest bij
advocaat bij het Hof van Cassatie J. Verbist en advocaat
D. De Keuster,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Brederodestraat 13

tegen :

de naamloze vennootschap van publiek recht
DE SCHEEPVAART, publiekrechtelijk vormgegeven extern
verzelfstandigd agentschap,
die woonplaats kiest bij
advocaat K. Ronse,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 149, bus 20.

tussenkommende partij :

de NV HYE,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. Flamey,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Aarlenstraat 25.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Herbosch Kiere op
14 december 2004 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de
schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de gunningsbeslissing met
betrekking tot de openbare aanbesteding voor de aanneming van werken aan het
Albertkanaal - stad Geel, betreffende het bouwen van een Kaaimuur [...] bestek
nr. 16EJ/04-13 aan Hye NV”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 15 december 2004 waarbij de
terechtzing bepaald wordt op 21 december 2004, om 11.00 uur;

Gezien het ter terechtzitting neergelegd verzoekschrift waarbij de NV Hye vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat L. Swartenbroux, die loco advocaten J. Verbist en D. De Keuster verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaten K. Ronse en J. Bert, die verschijnen voor de verwerende partij, en van advocaten P. Flamey en S. Knaepen, die verschijnen voor de tussenkomende partij;

Gehoord het andersluidend advies van auditeur L. Vermeire;

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;

1. De gegevens van de zaak

1.1. De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor de bouw van een kaaimuur met overslagplateau aan het Albertkanaal te Geel.

1.2. Deze opdracht van aanneming van werken wordt beheerst door het bestek nr. 16/EJ/04-13 en wordt bekend gemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 27 augustus 2004.

Het bestek (blz. 14) stelt dat het gaat om een gemengde opdracht bestaande uit enerzijds een gedeelte tegen “globale prijs”, een gedeelte volgens prijslijst voor de posten met een “vermoedelijke hoeveelheid” (VH) en een gedeelte “op grond van werkelijke uitgaven” of tegen overeen te komen prijzen voor posten met een “voorbehouden som”. Vrije varianten zijn niet toegestaan (bestek, blz. 17). De werken moeten uitgevoerd worden in overeenstemming met de tekeningen in bijlage bij het bestek (bestek, blz. 24).

De opening van de offertes is bepaald op 30 september 2004 om 11 uur.

1.3. Er blijken acht offertes te zijn ingediend waaronder deze van de verzoekende en deze van de tussenkomen de partij. Blijkens de afroeping van de prijzen op de openingszitting was de inschrijving van de verzoekende partij (1.136.954,54 euro, BTW inclusief) de goedkoopste. De inschrijving van de tussenkomen de partij was de tweede goedkoopste (1.144.752,34 euro, BTW inclusief).

1.4. In een nota bij haar offerte merkt de verzoekende partij onder meer op dat op de plannen 16EJ.1132/4 en 5 een verharding wordt voorgeschreven met een dikte van 23 cm terwijl hiervoor geen post is voorzien. De verzoekende partij verklaart dat, indien deze verharding van 23 cm moet worden aangebracht, dit zal gebeuren tegen de eenheidsprijs van 39,3 euro/m².

Posten 113 en 121 van de meetstaat vermelden een “verharding van staalvezelgewapend beton” met een “dikte 20 cm” respectievelijk 2100 m² en 1870 m².

1.5. In een brief van 12 oktober 2004 aan alle inschrijvers meldt het afdelingshoofd van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, afdeling Maas en Albertkanaal dat door sommige aannemers “een leemte werd gesignaleerd” in de meetstaat die in posten 113 en 121 een verharding van staalvezelgewapend beton met een dikte van 20 cm vermeldt en dat dit “zoals aangegeven op de bestekplannen” 23 cm behoort te zijn. Er wordt bijgevolg gevraagd vóór (13/23) oktober 2004 mee te delen op grond van welke dikte de prijs in de offerte is berekend. Indien niet wordt geantwoord, zal worden aangenomen dat de opgegeven eenheidsprijs gesteund is op een dikte van 20 cm en zal deze worden vermenigvuldigd met de factor 1,15 teneinde die eenheidsprijs aan de leemte aan te passen.

1.6. Met een aangetekende brief van 14 oktober 2004 reageert de verzoekende partij op deze brief en protesteert tegen de gevolgde werkwijze, meer bepaald tegen het feit dat inschrijvers worden verzocht mee te delen op grond van welke dikte zij hun prijs hebben berekend.

1.7. In het gunningsverslag wordt geconcludeerd dat alle inschrijvers voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria en dat hun offertes administratief regelmatig zijn. Vervolgens wordt vastgesteld :

- dat de verzoekende partij en NV Algemene Aannemingen Van Laere een meerprijs opgaven voor posten 113 en 121 voor de verharding van staalvezelgewapend beton nu het bestek en de meetstaat een dikte van 20 cm vermelden terwijl de verharding volgens de bestekplannen 23 cm dik is;
- dat, aangezien geen van de inschrijvers gebruik maakte van de mogelijkheid tot het vooraf melden van deze tegenstrijdigheid volgens artikel 98 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, toepassing gemaakt zou moeten worden van artikel 24, § 1 van het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, dat stelt dat de plannen voorrang hebben op het bestek en de meetstaat, zodat de eenheidsprijzen voor deze posten bij de verzoekende partij en van Laere werden aangepast naar 23 cm;
- dat een vraag om de prijsverantwoording voor deze posten aan alle inschrijvers werd verzonden maar dat de ontvangen antwoorden geen aanleiding gaven tot wijziging van de rangschikking zodat er geen gevolg aan werd gegeven;
- dat bij de overige offertes ervan moet worden uitgegaan dat de bestekplannen werden gevolgd en de opgegeven prijs deze is voor een verharding van 23 cm dikte;
- dat de eenheidsprijs voor deze posten bij de laagste inschrijver 29,47 euro/m² bedraagt, hetgeen vergeleken met inschrijvingsprijzen voor andere projecten uit het recente verleden niet buitengewoon laag is en dus regelmatig.

Vervolgens wordt een rangschikking gemaakt van de offertes volgens de verbeterde inschrijvingsprijzen, exclusief BTW. De tussenkomenende partij is nu de laagste inschrijver (946.076,31 euro) en verzoekende partij pas de derde laagste (960.117,05 euro);

Volgens een herberekening van deze bedragen met BTW en een vergelijking met de afgeroepen inschrijvingsprijzen met BTW in het verzoekschrift werd aldus enkel de inschrijvingsprijs van de verzoekende partij (1.136.954,54 euro wordt 1.161.741,6 euro) aangepast en vergeleken met 1.144.752,34 euro voor de tussenkomenende partij. De verzoekende partij wijst er in het verzoekschrift op dat aldus haar prijs wordt verhoogd met 24.787,06 euro terwijl het verschil bij de afroeping van de prijzen slechts 7.797,8 euro was.

Na vastgesteld te hebben dat de offerte van de tussenkomenende partij 8,29 % lager is dan het gemiddelde berekend volgens artikel 110, § 4, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 en inhoudelijk regelmatig is, wordt

geconcludeerd dat de tussenkomende partij de laagste regelmatige offerte indiende en wordt voorgesteld de opdracht aan haar toe te wijzen voor 946.076,31 euro exclusief BTW.

1.8. Op een niet vermelde datum en blijkbaar na gunstig advies van de inspectie van financiën van 26 november 2004 wordt door “de administrateur-generaal van de n.v. Scheepvaart”, onder het opschrift Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Departement Leefmilieu en Infrastructuur, Administratie Waterwegen en Zeewezen, afdeling Maas en Albertkanaal en NV De Scheepvaart, beslist de opdracht toe te wijzen aan de tussenkomende partij.

1.9. Met een brief van 1 december 2004 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd uitgekozen;

2. De excepties

Overwegende dat de tussenkomende partij in haar verzoekschrift twee excepties van niet-ontvankelijkheid opwerpt; dat zij van de eerste exceptie afstand doet ter terechtzitting; dat, wat de tweede exceptie betreft, zij daarin betoogt dat de offerte van de verzoekende partij onregelmatig was aangezien zij een dubbele prijs zou hebben bevat; dat in de huidige stand van de procedure deze exceptie niet wordt aanvaard, aangezien, eensdeels, de verwerende partij de betrokken offerte niet als onregelmatig heeft geweerd en, anderdeels, zoals ook hieronder bij de bespreking van de middelen zal blijken, de offerte in wezen geen twee prijzen van een op eenzelfde wijze opgevatte post lijkt te bevatten, maar een prijs zowel voor 20 cm als voor 23 cm verharding; dat de exceptie wordt verworpen;

3. De grondvoorwaarden van de vordering

Overwegende dat krachtens 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 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;

Overwegende, wat de eerste en de derde voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij betreffende het nadeel betoogt dat het niet zelf kunnen uitvoeren van de in het geding zijnde opdracht haar een belangrijke referentie doet mislopen, die voor haar geografisch gunstig is gelegen; dat de verzoekende partij het beroep op de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid verantwoordt door te verwijzen naar het risico, dat de bestreden toewijzingsbeslissing aan de tussenkomen de partij zou worden betekend en aldus een overeenkomst tot stand zou komen;

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 tussenkomen de partij inderdaad 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 -in tegenstelling tot hetgeen de tussenkomen de partij stelt- niet geringe omvang 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, wegens de dreigende betekening, 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;

Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij een eerste middel afleidt uit onder meer de schending van artikel 112, § 2, 1°, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken leveringen en diensten en de concessies van openbare werken, in samenhang met het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers; dat zij daarbij betoogt dat de verwerende partij tot een leemte heeft besloten maar nagelaten heeft de regelgeving betreffende leemten toe te passen door een rondvraag te organiseren die niet is voorzien in die regelgeving, dat daarbij ook de gelijkheid der inschrijvers geschonden is, dat de formule vervat in het voormelde

artikel 112, § 2, 1°, niet automatisch is toegepast maar de inschrijvers de keuze werd gelaten of die verhogingsformule op hen al dan niet zou worden toegepast;

Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel de schending aanvoert van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers, doordat de handelwijze van de verwerende partij tot gevolg heeft gehad dat bepaalde inschrijvers hun inschrijving impliciet hebben kunnen wijzigen, doordat de aanbestedende overheid hun immers de kans bood om af te zien van een prijsaanpassing voor een verharding met staalvezelgewapend beton van een dikte van 23 cm, terwijl de inschrijvers die het verschil tussen 20 en 23 cm wel hadden ontdekt, deze mogelijkheid niet werd geboden;

Overwegende dat de verwerende partij in haar nota onder meer tegenspreekt dat er te dezen sprake kan zijn van een leemte, aangezien geen posten ontbraken en elke inschrijver de posten van de meetstaat heeft ingevuld en voorts stelt dat de aanbestedende overheid met alle middelen de bedoeling van de inschrijvers moet nagaan, hetgeen is gebeurd en dat, nu “in artikel 24, § 1, van de algemene aannemingsvoorwaarden” staat dat plannen voorrang hebben op de meetstaat, het bestuur er diende van uit te gaan dat de inschrijvers hiermee rekening hadden gehouden en bijgevolg hun inschrijving hadden gedaan met een dikte van 23 cm;

Overwegende dat de tussenkommende partij tegen de middelen onder meer betoogt dat de formule van artikel 112, § 2, 1°, niet diende te worden gehanteerd omdat deze enkel geldt met betrekking tot een ontbrekende post waarvoor de andere inschrijvers uiteraard “geen prijs” hebben geboden; dat zij voorts stelt dat te dezen niet artikel 112, § 2, 1°, maar wel artikel 112, § 1, van toepassing is, dat het een geval betreft waarin een inschrijver de hoeveelheid van een of meer posten van de meetstaat heeft verbeterd en de aanbestedende overheid die wijzigingen naziet en ze zo nodig verbetert, waarbij het haar toegestaan is de werkelijke bedoeling van de inschrijvers na te gaan met alle middelen; dat de tussenkommende partij ook nog doet gelden dat “alle prijzen van de afroeping dezelfde zijn gebleven als deze vermeld in het gunningsverslag, met uitzondering van de prijzen van de verzoekende partij 'en dit laatste' uiteraard het gevolg is van het feit dat de rangschikking is gebeurd met inachtnaam van een correcte lezing van alle aanbestedingsdocumenten, inzonderheid van de constante vermelding van de

betondikte van 23 cm op de uitvoeringsplannen, waarvoor alle inschrijvers prijs moesten opgeven”;

Overwegende dat het bestaan van die tegenstrijdigheid tussen posten 113 en 121 van de meetstaat en de plannen 16EJ.1132/4 en 5 op het vlak van de dikte van de “verharding van staalvezelgewapend beton” door geen van de partijen wordt betwist; dat in de voormelde brief van 12 oktober 2004 de verwerende partij echter stelt dat een “leemte” werd gesignaleerd “in de meetstaat” en daarbij vermeldt dat de dikte “zoals aangegeven op de bestekplannen, 23 cm [hoort] te zijn”; dat de inschrijvers daarbij geacht worden hun eenheidsprijs te hebben gesteund op een dikte van 20 cm, indien zij niet antwoorden op de vraag op welke dikte zij zich hebben gesteund; dat dienvolgens op tweevoudige wijze het verweer in de nota verschilt van de inhoud van deze brief : er zou geen leemte zijn en de voorrang van de plannen zou ertoe leiden dat 23 cm de veronderstelde dikte diende te zijn; dat bij de beoordeling van de middelen de wijze waarop de verwerende partij in de feiten heeft gehandeld, in aanmerking moet worden genomen;

Overwegende dat aldus de tegenstelling tussen meetstaat en plannen door de verwerende partij lijkt te zijn gelijkgesteld aan een leemte -terecht of ten onrechte-; dat in die optiek het erop lijkt dat in elk geval, zoals de verzoekende partij in haar eerste middel betoogt, de formule van het meervernoemde artikel 112, § 2, 1°, had dienen te worden toegepast op de prijzen van die inschrijvers, die de zogenaamde “leemte” niet hadden gesignaleerd aan de verwerende partij; dat het daarentegen niet lijkt dat de verwerende partij betreffende die “leemte” de laatstgenoemde inschrijvers de kans mocht geven hun -enige- gegeven prijs te interpreteren om de “leemte” in te vullen, wat ze alsdan konden doen met kennis van de afgeroepen prijzen; dat daarbij in ieder geval de prijs van de verzoekende partij, waarmee zij aan de “leemte” was tegemoet gekomen, reeds vaststond; dat die handelwijze aldus de gelijkheid tussen de inschrijvers lijkt te hebben geschonden terzelfdertijd als het voormelde artikel 112, § 2, 1°; dat de middelen in zoverre ernstig zijn; dat aldus de op die handelwijze gesteunde toewijzingsbeslissing onrechtmatig lijkt;

Overwegende dat aldus is voldaan 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 Hye in de schorsingsprocedure wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing van de beslissing van de Administrateur-generaal van de NV De Scheepvaart om goedkeuring te hechten aan de offerte van de NV Hye, voor een bedrag van 946.076,31 euro, exclusief BTW, voor het bouwen van een kaaimuur te Geel, volgens bestek 16EJ/04-13.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op dertig december 2004, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.