

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 153.908 van 19 januari 2006
in de zaak A. 168.033/XII-4585.**

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

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat K. Ronse
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 149, bus 20.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Herbosch-Kiere op 23 november 2005 heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van “(a) het besluit van de Vlaamse Minister van Openbare Werken, Energie, Leefmilieu en Natuur van onbekende datum tot gunning van de opdracht van het bouwen van geluidswerende schermen langs de E17 te Beervelde (bestek nr 16DD/04/70) aan de naamloze vennootschap W. Kant Constructies; en (b) het besluit van de Vlaamse Minister van Openbare Werken, Energie, Leefmilieu en Natuur van onbekende datum tot niet-gunning van dezelfde opdracht aan verzoekster”;

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

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur E. Haesbrouck;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 9 januari 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 17 januari 2006;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat F. Van Nuffel, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat V. Petitat, die loco advocaat K. Ronse verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur E. Haesbrouck;

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 advocaat Carlos De Wolf zich ter terechtzitting aandient als de raadsman van een potentiële tussenkomende partij de NV W. Kant Constructies; dat hij stelt een verzoekschrift tot tussenkomst te hebben ingediend, maar toegeeft daarop het rolnummer 167.146 te hebben vermeld van de voorafgaande, bij arrest nr. 151.189 van 10 november 2005 beëindigde, schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid; dat daardoor de griffiediensten dat verzoekschrift blijkbaar niet hebben gevoegd aan het voorliggende dossier; dat het bevoegde lid van het auditoraat aldus ook zijn verslag heeft opgesteld zonder kennis van dat verzoekschrift; dat aldus het voormelde verzoekschrift geen processtuk in de huidige zaak is en er gehandeld wordt alsof er geen tussenkomst is;

Overwegende dat krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde 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 voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending inroept van onder meer artikel 110, §2 juncto 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, en van het algemeen beginsel patere legem quam ipse fecisti; dat zij daartoe nader betoogt dat de gekozen offerte van de NV W. Kant Constructies niet voldoet

aan de besteksbepaling die een aluminium caisson als draagconstructie voor de geluidswerende schermen oplegt aangezien de betrokken draagconstructie uit hout is vervaardigd;

Overwegende dat krachtens de voormelde artikelen 110, §2, en 89 een offerte als nietig kan worden beschouwd wegens afwijking van essentiële besteksbepalingen zoals technische specificaties waarbij in concreto in elk dossier afzonderlijk de vraag moet worden beantwoord of een essentiële besteksbepaling in het geding is:

Overwegende dat te dezen het toepasselijke bestek nr. 16DD/04/70 (bladzijde 33) als “technisch voorschrift” voor de gevraagde geluidsabsorberende schermen bepaalt dat dit scherm “een houten scherm op aluminium drager” betreft; dat “de constructie” voorts onder meer (bladzijde 34) wordt beschreven als volgt : “Het scherm is opgebouwd uit akoestische panelen, waarbij telkens panelen boven elkaar worden geplaatst tussen stalen HEA-profielen”; dat vervolgens onder “materialen” een onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds de “panelen” waarin sprake is van “houtsoorten” (bladzijde 36) en anderzijds van “dragende elementen” die als volgt worden beschreven (bladzijde 38):

“De draagconstructie bestaat uit een aluminium caisson.

Het aluminium dat gebruikt wordt voor de dragende delen is de legering 6060-TS volgens NBN P 21-001.

De draagconstructie bestaat uit een kader in geëxtrudeerd aluminium, bevattende een mat in absorberend materiaal en voorzien van een afvoergootje voor regenwater. Het kader dient aan de binnenzijde te worden voorzien van een nylon draadwerk om het absorberende materiaal te beschermen.

De onderste, intermediaire en bovenste regels zijn in geëxtrudeerd aluminium.

Het contact tussen het aluminium en het staal van de profielen dient te worden vermeden met behulp van afdichting in EPDM, teneinde galvanische corrosie te vermijden.”;

dat ten slotte het bestek oplegt (bladzijde 4) dat bij de offerte dienen te worden gevoegd:

“- Een technische beschrijving vergezeld van een dwarsdoorsnede en een aanzicht van het voorgestelde type geluidsscherm
[...]

- De geluidstechnische eigenschappen van de aangeboden wandconstructie moeten in de offerte worden beschreven en aan de hand van beproevings testen afgeleverd door erkende Belgische laboratoria afdoende worden bewezen”;

Overwegende dat de gekozen inschrijver in de in het geding zijnde openbare aanbesteding de verzoekende partij voorafging in de klassering volgens

prijzen; dat die inschrijver 2.117.681,0886 euro bood en de verzoekende partij 2.476.559,3809 euro; dat de technische beschrijving die de gekozen inschrijver bij zijn offerte voegde een paneel voorstelt waarbij nergens sprake is van een aluminium draagelement; dat daarin immers een akoestisch paneel “in massello di legno” of volgens de niet door de verwerende partij tegengesproken vertaling van de verzoekende partij “in massief hout” wordt afgebeeld en beschreven en daarbij een “schema van het onderzochte monster” hoort waarbij gewag wordt gemaakt van een “geluidsabsorberend paneel model ‘silence’ met hoog geluidsabsorberend vermogen in massief hout”; dat voorts in het ambtelijk gunningsvoorstel wordt vermeld dat de Afdeling Technische Ondersteuning “van oordeel is dat de werken kunnen gegund worden aan Kant W. Constructies NV mits de panelen een aluminium draagstructuur hebben conform pag. 38 van het bestek en de geluidswerende eigenschappen van een aluminium draagstructuur, die mogelijks kunnen verschillen van die van panelen met een houten draagstructuur (waarvan de meetresultaten bij de offerte werden gevoegd) voldoen aan de bestekseisen, waarvan een bewijs moet worden voorgelegd”; dat in dat voorstel dan nog wordt vastgesteld “Het scherm is opgebouwd uit akoestische panelen, dat omkaderd is door een aluminium caisson, dat enkel en alleen een dragende functie heeft. De akoestische panelen worden telkens boven elkaar en tussen de HEA-profielen geplaatst. Het dragende deel van het scherm of dat van hout of dat van aluminium (staal) vervaardigd is zit achter/tussen de HEA-profielen en kan volgens de afdeling geen enkele invloed op geluidstechnische karakteristieken van het scherm hebben. In ieder geval zal bij uitvoering streng gecontroleerd worden of aan de geluidsnormen is voldaan”;

Overwegende dat in de huidige stand van het geding moet worden vastgesteld dat het bestek duidelijk aluminiumdraagstructuren voorschrijft, de gekozen inschrijver in zijn offerte daarvan geen gewag maakt maar daarentegen panelen met houten draagstructuren voorstelt, dat het gunningsvoorstel niet consistent lijkt wat betreft het effect op de geluidswerende eigenschappen van het verschil hout/aluminium; dat uit de diverse besteksbepalingen die aluminium voorschrijven, en uit de opmerking van de Afdeling Technische Ondersteuning toch lijkt te moeten worden afgeleid, dat het materiaalverschil effect kan hebben op de beoogde geluidswering, zodat hier een essentiële technische bepaling in het geding lijkt, ook al was het standpunt van het bestuur daaromtrent weifelend, gegeven dat in elk geval niet ten nadele van de verzoekende partij lijkt te mogen werken; dat de offerte van de gekozen inschrijver niet aan die besteksvereiste beantwoordde, nu er zelfs in de bijgevoegde beschrijving geen sprake was van aluminium; dat hetgeen na de opening der offertes nog door de gekozen inschrijver is verduidelijkt en door de verwerende partij in het debat wordt

gebracht, aan die conclusie geen afbreuk lijkt te doen; dat het tegendeel het geval lijkt; dat immers de NV W. Kant Constructies in een brief van 16 december 2004 aan het bestuur meedeelt dat het scherm wordt geplaatst “MET ALUMINIUM profielen indien noodzakelijk”; dat aldus de bestreden beslissing van 4 juli 2005 die als stuk 9 door de verwerende partij in het dossier is neergelegd die het voormelde ambtelijke voorstel bevat, gevestigd is door de in het middel aangevoerde en te dezen prima facie geschonden geachte bepalingen; dat het middel in de besproken mate ernstig is;

Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij zich inzake het nadeel beroept op de mogelijkheid om zelf de in het geding zijnde opdracht te kunnen uitvoeren, die zij door de gevraagde schorsing wil vrijwaren; dat zij daarbij ook verwijst naar de financiële waarde van de opdracht en zijn referentiewaarde in een kleine markt; dat dit nadeel wordt aanvaard als het rechtens vereiste nadeel; dat dit nadeel reeds wordt verholpen door de schorsing van de eerste bestreden beslissing;

Overwegende dat aldus, wat de eerste bestreden beslissing betreft, is voldaan aan de in het voormelde artikel 17 bepaalde voorwaarden die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing worden toegewezen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van het besluit van 4 juli 2005 tot toewijzing van de opdracht voor het bouwen van geluidswerende schermen langs de E17 te Beervelde (bestek nr 16DD/04/70) aan de NV W. Kant Constructies;

Artikel 2.

Het meer gevorderde wordt afgewezen.

Artikel 3.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
negentien januari 2006, door :

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

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.