

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 171.003 van 10 mei 2007
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,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Brederodestraat 13

tegen :

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

tussenkomen partij :

de NV W. KANT CONSTRUCTIES,
die woonplaats kiest bij
advocaat C. De Wolf,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6.

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

Gezien het verzoekschrift dat de NV Herbosch-Kiere op 23 november 2005 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen 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”;

Gelet op het arrest nr.153.908 van 19 januari 2006 waarbij de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging beveelt van het besluit onder het voormelde (a) en het beroep voor het overige verwerpt;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting van het geding van 31 januari 2006 ingediend door de verzoekende partij;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting van het geding van 14 februari 2006 ingediend door de verwerende partij;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 7 april 2006 van de NV W. Kant Constructies;

Gelet op de beschikking van 9 mei 2006 die de tussenkomst van de NV W. Kant Constructies toelaat;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord en de memorie van de tussenkomende partij;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur P. Barra;

Gelet op de beschikking van 26 september 2006 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 memorie van de verzoekende partij;

Gelet op de beschikking van 21 december 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 30 januari 2007;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat D. De Keuster, die verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat K. Ronse, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur P. Barra;

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

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST :

De gegevens van de zaak

1.1. Er wordt door verwerende partij een openbare aanbesteding voor aanneming van werken uitgeschreven waarvan het doel volgens het bestek nr. 16DD/04/70 het volgende is:

“De aanneming heeft als doel het plaatsen van geluidsabsorberende schermen op E17 t.h.v. Beervelde (Lochristi), in beide rijrichtingen.

Het gaat over een scherm met een variabele hoogte van 3.60 m tot 4.20 m (ten opzichte van het maaiveld).

Het voorgestelde project is gesitueerd van km 60.450 tot km 61.180, richting Antwerpen en van km 62.400 tot km 62.000 en verder van km 61.600 tot km 60.600 in de richting Gent.

Om akoestische lekken te voorkomen zullen de scherm delen ter hoogte van de pijler (km 61.000) tegen de brugpijler aansluiten”.

Vanaf bladzijde 34 van het bestek wordt een beschrijving gegeven van de aan te brengen schermconstructie en is er op bladzijde 38 sprake van dat de draagconstructie dient te bestaan “uit een aluminium caisson”.

De opening der offertes is voorzien op maandag 29 november 2004.

1. 2. Er worden zeven offertes ingediend waaronder een van de verzoekende partij en een van de tussenkomende partij.

1. 3. De verwerende partij verricht een nazicht van de inschrijvingen. Voor post 41(schermen) -veruit de belangrijkste post- geeft de tussenkomende partij een prijs op van 101,85 euro per m² en de verzoekende partij een prijs van 165 euro per m².

1.4. Met een brief van 7 december 2004 verzoekt de verwerende partij de tussenkomende partij om haar inschrijvingsbedrag te verantwoorden aangezien dit meer dan 15 % lager is dan het gemiddelde “en derhalve abnormaal voorkomt” en voorts om een becijferde prijsverantwoording te geven voor de eenheidsprijzen van bepaalde inschrijvingsposten waaronder post 41 die specifiek gaat over de schermen. Ook wordt onder andere gevraagd een technische beschrijving te geven waaruit blijkt dat het voorgestelde scherm aan de voorschriften van het bestek

voldoet en een beschrijving van de geluidstechnische eigenschappen aan de hand van beproevingstesten afgeleverd door erkende Belgische laboratoria.

Met een brief van 16 december 2004 geeft de tussenkomende partij een antwoord op de voormelde brief van de verwerende partij. Hieruit zou volgens de verzoekende partij blijken dat wat de tussenkomende partij als voorwerp van haar offerte heeft voorgesteld en nu toelicht aan de hand van tekeningen van de Italiaanse producent, een schermopbouw is zonder aluminium waarvan ze beweert dat deze minstens evengood is als een opbouw met aluminium. Voorts wordt een attest afgeleverd van de universiteit van Bologna dat de voorgestelde constructie geen aluminium vereist.

In een brief van 18 januari 2005 van de tussenkomende partij aan de verwerende partij deelt de tussenkomende partij mee dat de voorgestelde prijs 101,85 euro per m² “inclusief omkadering in aluminium” is.

1.5. Op 4 juli 2005 beslist de verwerende partij tot toewijzing van de opdracht aan de tussenkomende partij voor een bedrag van 2.117.681,09 euro. De tussenkomende partij was de goedkoopste inschrijver. De verzoekende partij werd als tweede gerangschikt.

In die toewijzingsbeslissing -die de eerste bestreden beslissing is- worden drie punten van mogelijke discussie beslecht.

In de eerste plaats heeft de tussenkomende partij een testrapport van de universiteit van Bologna voorgelegd om de geluidstechnische kenmerken van het voorgestelde scherm aan te tonen terwijl het bestek voorschrijft dat deze dienden te worden aangetoond door een beproevingstest afgeleverd door een erkend Belgisch laboratorium. Op advies van de afdeling Overheidsopdrachten aanvaardt de verwerende partij het Italiaanse attest.

Ten tweede wordt na onderzoek vastgesteld dat er geen abnormale prijsvorming in hoofde van de tussenkomende partij is, dat het grote prijsverschil tussen de laagste inschrijving en de andere inschrijvingen vooral te wijten is aan de eenheidsprijs van de schermen zelf (post 41) en dat de tweede en de derde inschrijver werken met leverancier MICE die blijkbaar een zeer hoge prijs vraagt.

Ten derde wordt betreffende de aluminium draagstructuur het volgende vermeld :

“Bij toepassing van de omzendbrief OW 2000/3 d.d. 17.05.2000 werd het dossier voor advies voorgelegd aan de Afdeling Technische Ondersteuning. Deze afdeling is van oordeel dat de werken kunnen gegund worden aan nv Kant Constructies 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 werd gevoegd), voldoen aan de besteisen, waarvan een bewijs moet voorgelegd worden. Tot slot kan in geen geval een winstmarge van 35 % gehanteerd worden bij opmaak van eventuele latere verrekeningen.

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 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 de uitvoering streng gecontroleerd worden of aan de geluidsnormen is voldaan”.

Het advies van de afdeling Algemene Technische Ondersteuning (ATO) van 22 juni 2005 luidt als volgt :

“De afdeling ATO kan zich aansluiten bij de beslissing van de aanbestedende afdeling om het werk te gunnen aan de laagste inschrijver, op voorwaarde dat met de volgende elementen rekening wordt gehouden :

- Bij de uitvoering moet erop gelet worden dat de panelen een aluminium draagstructuur hebben zoals wordt opgelegd in het bestek (cfr.p38). Zo wordt ook het principe van de gelijke behandeling van de inschrijvers gehandhaafd. Indien geopteerd wordt voor een houten draagstructuur (= basisvoorstel laagste inschrijver) is hier niet meer aan voldaan.
- Er moet op gelet worden dat de geluidwerende eigenschappen van panelen met aluminium draagstructuur kunnen verschillen van die van panelen met houten draagstructuur (waarvan de meetresultaten bij de prijsverantwoording werden gevoegd) en er dus een bewijs moet kunnen worden voorgelegd dat aan die eisen wordt voldaan.
- Indien er verrekeningen volgen, kan in geen geval met een winstmarge van 35% worden gerekend. Bij het opmaken van verrekeningen zijn de toepassingen van omzendbrief OW/96/01 van toepassing, waarbij een maximum van 17%AKW kan vergoed worden”.

1.6. Met een brief bij haar ingekomen op 12 oktober 2005 wordt de verzoekende partij door de verwerende partij ingelicht over het feit dat zij niet werd “uitgekozen”. Met een brief van 12 oktober 2005 informeert de verzoekende partij naar de motivering van de verwerende partij. Met een brief van 17 oktober 2005 bezorgt de verwerende partij de verzoekende partij de gemotiveerde gunningsbeslissing.

De gegrondheid van het beroep

2.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan onder meer van 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, van het algemeen beginsel “patere legem quam ipse fecisti” en van het gelijkheidsbeginsel.

Ze betoogt daartoe dat het bestek voorschrijft dat het geluidswerend scherm vervaardigd moet zijn van hout doch moet steunen op een aluminium drager die dan nog aan bepaalde vereisten dient te voldoen. Voorts wordt gevraagd bij de offerte een technische beschrijving te voegen van een dwarsdoorsnede en een aanzicht van het voorgestelde type geluidsscherm met maximaal 1 type per inschrijving en beproevingstesten, uitgevoerd door erkende laboratoria, van de geluidstechnische eigenschappen van de aangeboden wandconstructie. Uit de offerte van de tussenkomende partij blijkt dat het daarin voorgestelde type geluidsscherm geen draagconstructie uit aluminium heeft doch uit hout. De beproevingstesten van het laboratorium van Bologna gevoegd bij die offerte betreffen een wandconstructie met een houten drager. Daaruit volgt dat de offerte van de tussenkomende partij niet conform is aan de technische eisen van het bestek zodat de verwerende partij de inschrijving van de tussenkomende partij wegens nietigheid had dienen te weren.

In de briefwisseling na de opening der offertes heeft de tussenkomende partij wel getracht voor te houden dat de inschrijving wel besteksconform was. Een dergelijke substantiële onregelmatigheid in de inschrijving kon echter niet worden rechtgezet. In wezen is het trouwens een voorstel om zich alsnog te conformeren aan het bestek. Voorts is niet aangetoond dat de geluidswerende eigenschappen van de door de tussenkomende partij voorgestelde wandconstructie niet verschillen van die van een draagconstructie uit aluminium.

Ook de gelijkheid van de inschrijvers is aldus geschonden : de verzoekende partij kende de goedkopere voorwaarden van de Italiaanse schermenproducent waar de tussenkomende partij wel een beroep op deed, doch deed dit zelf niet wegens de niet-besteksconformiteit.

2.2. De verwerende partij antwoordt dat de tussenkomende partij wel degelijk besteksconform heeft ingeschreven. Uit het gunningsverslag blijkt dat het betrokken scherm is opgebouwd uit akoestische panelen omkaderd door een aluminium caisson. In tegenstelling tot het vertrekpunt waarvan het tussenarrest uitgaat, moet thans worden vastgesteld dat de tussenkomende partij heeft ingeschreven met geluidspanelen met een draagstructuur uit aluminium. Minstens heeft de tussenkomende partij zich in haar brief van 16 december 2004 sterk gemaakt deze draagstructuren te zullen plaatsen. Ook blijkt uit de bijkomende testrapporten van 6 december 2005 van de tussenkomende partij dat de panelen een aluminium draagstructuur hebben. Bovendien leidt niet elke afwijking van de technische specificaties tot de nietigheid van de offerte. Niet elke afwijking van een technische bepaling maakt een substantiële onregelmatigheid uit. Offertes zijn pas aangetast door substantiële onregelmatigheden en absoluut nietig wanneer de offertes van essentiële bepalingen afwijken zoals bepalingen inzake prijs, termijnen en technische voorwaarden, de inbreuken in die offertes op de vormvoorwaarden de gelijke behandeling van de inschrijvers in het gedrang brengen en die offertes behept zijn met onregelmatigheden die de werkelijke en objectieve vergelijking van de offertes op essentiële punten onmogelijk maken. De vraag naar een al dan niet essentiële technische besteksbeepaling dient in concreto te worden bekeken. In dit geval is het voldoen aan de technische specificaties betreffende de aluminiumdraagstructuur geen essentieel besteksvoorschrift. Uit het advies van de afdeling ATO dient te worden afgeleid dat enkel de geluidswerende kwaliteit van de panelen essentiële besteksbeepalingen zijn. De besteksconformiteit van de geluidswerende kwaliteiten is aangetoond. Uit het gunningsverslag blijkt dat de geluidswerende eigenschappen niet verschillen naargelang de draagstructuur in hout of in aluminium is vervaardigd. De bijkomende testrapporten bijgebracht door de tussenkomende partij tonen aan dat de geluidswerende eigenschappen niet verschillen naargelang de draagstructuur in hout of aluminium is. Ten slotte is de gelijkheid onder de inschrijvers niet geschonden. De tussenkomende partij zal zelf een aluminium caisson aanbrengen rond de schermen van haar Italiaanse leverancier. De eenheidsprijs van de tussenkomende partij werd niet gewijzigd door de tussenkomende partij na de opmerkingen van de verwerende partij.

2.3. De verzoekende partij merkt in haar memorie van wederantwoord op dat de testrapporten van 5 december 2005 niet in het Nederlands zijn gesteld noch dat er een vertaling van wordt bijgebracht. De brief van 16 december 2004 van de tussenkomende partij is in wezen een bijstelling van de offerte. Indien de

verzoekende partij zou hebben ingeschreven met een geluidspaneel met houten draagstructuur en een geluidspaneel met aluminiumdraagstructuur heeft zij in strijd met artikel 103 van het in het middel vermelde koninklijk besluit op onregelmatige wijze meer dan één offerte ingediend. De betwisting betreft een essentiële besteksbepaling : uitvoerig is in het bestek de kwalificatie van de aluminiumdraagstructuur beschreven. Er is trouwens een grondig prijsverschil tussen houten dragers en aluminiumdragers.

2.4. De tussenkomende partij merkt op dat haar offerte integraal aansluit bij de in het bestek opgenomen omschrijving. Stuk 7 van de bij de offerte gevoegde documenten geeft een uitgebreide omschrijving van het voorgestelde scherm waarbij de tussenkomende partij zich ertoe verbonden heeft een geluidsscherm te plaatsen met een aluminium draagstructuur. In de brief van 16 december 2004 heeft de tussenkomende partij er op gewezen dat het niet absoluut noodzakelijk was een aluminiumprofiel te plaatsen als draagconstructie om de sterkte en de draagkracht te waarborgen doch zulks neemt niet weg dat in haar offerte zelf het betreffende metalen profiel was voorzien zoals bevestigd bij brief van 18 januari 2005. Het verwijt van de verzoekende partij dat niet is aangetoond dat geluidswerende kwaliteiten niet zouden verschillen naar gelang in een draagstructuur in hout of aluminium wordt voorzien, is onjuist. Na de zitting voor de Raad van State in het kader van de schorsingsprocedure heeft de tussenkomende partij bijkomende technische rapporten besteld. Hieruit blijkt dat de door de tussenkomende partij voorgestelde geluidsschermen wel een aluminiumdraagstructuur hebben en dat de bedoelde kwaliteiten van geluidsabsorptie en luchtgeluidsisolatie in het bestek voorgeschreven, in het voorstel volledig worden nageleefd. Voorts is er geen schending van de gelijkheid van de inschrijvers nu de verzoekende partij zich bevoorraadt bij de firma MICE die een abnormaal hoge prijs aanrekent.

2.5. Krachtens de artikelen 110, §2, en 89 van het voormelde koninklijk besluit van 18 januari 1996 is een offerte nietig wegens afwijking van essentiële besteksbepalingen waartoe technische specificaties behoren. Daarbij moet in concreto in elk dossier afzonderlijk wel de vraag worden beantwoord of een essentiële besteksbepaling in het geding is.

Te dezen bepaalt het toepasselijke bestek nr. 16DD/04/70 (bladzijde 33) als een van de “technische voorschriften” voor de gevraagde geluidsabsorberende schermen dat dit scherm “een houten scherm op aluminium drager” betreft. “De constructie” wordt voorts onder meer (bladzijde 34) beschreven als volgt : “Het scherm is opgebouwd uit akoestische panelen, waarbij telkens panelen boven elkaar worden geplaatst tussen stalen HEA-profielen”. Vervolgens wordt onder “materialen” een onderscheid 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.”.

Ten slotte legt het bestek (bladzijde 4) op 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 beproevingstesten afgeleverd door erkende Belgische laboratoria afdoende worden bewezen”.

De gekozen inschrijver, de tussenkomen partij, ging in de in het geding zijnde openbare aanbesteding de verzoekende partij vooraf in de klassering volgens prijzen. De gekozen inschrijver bood 2.117.681,0886 euro en de verzoekende partij 2.476.559,3809 euro. De technische beschrijving die de gekozen inschrijver bij zijn offerte voegde stelt een paneel voor waarbij nergens sprake is van een aluminium draagelement : daarin wordt 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” afgebeeld en beschreven en daarbij hoort een “schema van het onderzochte monster” waarbij gewag wordt gemaakt van een “geluidsabsorberend paneel model ‘silence’ met hoog

geluidsabsorberend vermogen in massief hout”. Voorts wordt in het ambtelijk gunningsvoorstel 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 geluidwerende 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”. In dat voorstel wordt dan nog 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”.

2.5.1. Een eerste vraag die rijst is of de tussenkomende partij aldus een besteksconforme offerte heeft ingediend. Uit stuk 7 gevoegd bij de offerte van de tussenkomende partij, stuk waarop tussenkomende partij en verwerende partij zich blijkbaar beroepen om aan te tonen dat de offerte besteksconform was, blijkbaar opgesteld in het Engels en vooral in het Italiaans, kan niet worden afgeleid dat de door het bestek voorgeschreven aluminium draagstructuur door de Italiaanse leverancier wordt aangeboden. De tussenkomende partij laat trouwens na precies aan te geven waar in dit omvangrijk stuk de vereiste aluminiumdraagstructuur opgenomen is. Bovendien blijkt het testrapport, als stuk 8 gevoegd bij de offerte van de tussenkomende partij, waarbij wel een Nederlandse vertaling beschikbaar is, het nergens, bij de beschrijving van het testmateriaal over aluminium te hebben. Voorts stelt de afdeling Technische Ondersteuning uitdrukkelijk dat het basisvoorstel van de tussenkomende partij niet in een aluminiumdrager voorziet.

Ook de voormelde brief van 16 december 2004 van de tussenkomende partij ondersteunt de vaststelling dat geen aluminiumdrager in de betrokken offerte was beoogd. Zij stelt immers zelf in die brief dat zij uitgaat van de opbouw van de twee panelen zonder aluminiumdrager en dat zij ook een optie heeft om de binnenconstructie minder zwaar te maken waarbij alsdan een aluminiumomkadering aangebracht wordt “als U er dan nog op staat”. Hieruit moet

worden afgeleid dat de tussenkomende partij haar offerte wilde wijzigen indien de verwerende partij niet overtuigd zou zijn van de door haar aangeboden versie waarbij een aluminiumomkadering niet vereist is door de zwaardere uitvoering.

Wanneer de verwerende partij van haar kant in haar memorie van antwoord opmerkt dat de tussenkomende partij een aluminiumdrager zal aanbrenge voor dezelfde prijs geeft ook zij eigenlijk toe dat de ingediende offerte niet in een aluminiumdrager voorzag.

Ten slotte rijst de vraag naar de pertinentie van de geluidstechnische test zoals door de tussenkomende partij bij haar offerte ingediend, nu zij in de brief van 16 december 2004 eigenlijk een andere versie van schermen voorstelt namelijk minder zware die zouden dienen voor een aluminiumomkadering.

De testrapporten van 6 december 2005 lijken als testobject dan weer wel in een scherm met aluminiumomkadering te voorzien doch het is niet aangetoond dat dit dezelfde schermen zijn als die van de offerte : zo zijn de bij deze testrapporten gevoegde schetsen niet terug te vinden in stuk 7 gevoegd bij de offerte.

In die omstandigheden moet worden geconcludeerd dat met de offerte van de tussenkomende partij geen schermtyp werd aangeboden dat beantwoordde aan de besteksvoorwaarden nopens de aluminiumdraagstructuur, doch dat zij achteraf, zoals uit het testrapport van 6 december 2005 en haar brief van 18 januari 2005 blijkt, haar offerte naar een besteksconforme offerte beoogde om te vormen.

2.5.2. Van zodra, zoals hiervoor te dezen bleek, van de technische voorschriften van het bestek wordt afgeweken, moet de aanbestedende overheid de offerte als onregelmatig beschouwen indien het gaat om een technische specificatie die als een essentiële bepaling uit het bestek moet worden beschouwd. Die verplichting is geen discretionaire bevoegdheid.

De vraag rijst dus of de hiervoor vastgestelde afwijking van het bestek te dezen als een dergelijke afwijking van een essentiële besteksbealing dient te worden aangemerkt. Voorts mag het aanvullen of wijzigen van een offerte er niet toe leiden dat een verplicht nietig te beschouwen offerte wordt geregulariseerd.

In het aangehaalde advies van de afdeling Algemene Technische Ondersteuning wordt formeel gesteld dat “de geluidwerende eigenschappen van panelen met aluminium draagstructuren kunnen verschillen van die van panelen met houten draagstructuur”. In dat advies wordt overigens, los van het geluidwerend karakter, ook in het algemeen gesteld dat erop gelet moet worden “dat de panelen een aluminium draagstructuur hebben”. Het lijkt aannemelijk dat tussen hout en aluminium ook op het vlak van duurzaamheid verschillen kunnen zijn. Voorts wordt over de aluminiumomkadering vrij gedetailleerd in het bestek uitgeweid.

Uit dit alles moet worden afgeleid dat de keuze voor aluminium een essentiële technische optie was die zich vertaalde in een besteksbepaling waarvan de niet-naleving tot de nietigheid van de offerte diende te leiden. Bovendien tonen de tussenkommende partij en de verwerende partij zelfs niet aan dat het voorwerp van de testrapporten van 6 december 2005 hetzelfde is als dit van de offerte daar waar, het weze herhaald, de tussenkommende partij zelf aangegeven heeft dat haar schermen lichter zijn zo er een aluminiumomkadering wordt aangebracht.

2.5.3. Het niet naleven van het bestek inzake aluminiumomkadering is bovendien van aard om een objectieve vergelijking van de inschrijvingen aan te tasten zodat het verwijt inzake de schending van de gelijkheid tussen de inschrijvers terecht is.

2.5.4. Het eerste middel is gegrond. De offerte van de tussenkommende partij is aangetast door een onregelmatigheid die de verwerende partij ertoe had moeten brengen ze als nietig te beschouwen en niet in aanmerking te nemen. De opdracht is dienvolgens aan de tussenkommende partij toegewezen, een inschrijver die geen regelmatige offerte indiende. De eerste beslissing dient aldus te worden nietigverklaard. Bijgevolg komt de offerte van de verzoekende partij voor als de offerte die de laagste regelmatige offerte was en diende de opdracht krachtens de regelgeving van toepassing op de openbare aanbesteding, meer bepaald artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, aan de verzoekende partij te worden toegewezen. Ook de tweede bestreden beslissing, om de opdracht niet aan haar toe te wijzen dient aldus te worden nietigverklaard.

OM DIE REDENEN
BESLUIT DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van de Vlaamse minister van Openbare Werken, Energie, Leefmilieu en Natuur van 4 juli 2005 om de opdracht voor het bouwen van geluidswerende schermen langs de E17 te Beervelde (bestek nr. 16DD/04/70) toe te wijzen aan de NV Kant Constructies voor een bedrag van 2.117.681,09 euro en dienvolgens niet aan de NV Herbosch-Kiere.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 350 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Het door de verzoekende partij gekweten zegelrecht van 175 euro op het verzoek tot voortzetting van het geding dient haar te worden terugbetaald.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op tien mei 2007, 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.