

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 180.222 van 28 februari 2008
in de zaak A. 111.406/XII-3305.**

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,
dat woonplaats kiest bij
advocaat K. Ronse,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
G. Macoulaan 33.

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

Gezien het verzoekschrift dat de NV Herbosch-Kiere op 11 oktober 2001 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het besluit van de Minister vice-president van de Vlaamse regering en Vlaams minister van Mobiliteit, Openbare Werken en Energie van 8 augustus 2001

“(1) waarbij de opdracht voor het realiseren van een nieuwe oeververdediging langs het Albertkanaal op de linker- en rechteroever tussen de eerste brug van Oelegem en de duiker van de Grote Schijn (bestek nr. 16 EJ/99.17), opnieuw wordt gegund aan de B.V. Van den Biggelaar Aannemingsbedrijf; en

(2) waarbij deze opdracht opnieuw niet wordt gegund aan de n.v. Herbosch-Kiere”.

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur L. Vermeire;

Gelet op de beschikking van 6 maart 2007 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 4 september 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 9 oktober 2007;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat D. De Keuster, die verschijnt voor de verzoekende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur L. Vermeire;

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

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. Het Vlaamse Gewest schrijft een openbare aanbesteding uit voor “het realiseren van een nieuwe oeververdediging langs het Albertkanaal op linker- en rechteroever tussen de 1/ brug van Oelegem en de duiker van de Grote Schijn”. De voorwaarden zijn vastgelegd in het bestek nr. 16EJ/99-17.

2. Zes ondernemingen schrijven in. BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf is met een bedrag van 523.639.600 frank (BTW inbegrepen) de laagste inschrijver. De verzoekende partij is met een bedrag van 533.519.553 frank (BTW inbegrepen) de tweede laagste.

3. Bij de offerte van de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf is een bijlage gevoegd waarin bij een aantal bestekposten “de uitgangspunten nader [worden] gespecificeerd”. In die bijlage wordt onder meer vermeld :

“Post 51; Toe te passen materiaaldikte is gesteld op 4 cm”.

4. Op 17 december 1999 beslist de Vlaamse regering de opdracht toe te wijzen aan de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf voor een bedrag van 529.572.804 frank, BTW inbegrepen, op voorwaarde dat zij op het ogenblik van “de toewijzing” voldoet aan alle erkenningsvoorwaarden.

5. Op 23 december 1999 vraagt de kabinetschef van de minister vice-president van de Vlaamse regering en Vlaams minister van Mobiliteit, Openbare Werken en Energie aan de administratie de toewijzing niet te betekenen, het dossier opnieuw grondig juridisch te evalueren en na te gaan of een heraanbesteding verantwoord is en zelfs onvermijdelijk, op grond van een herwerkt bestek, onder meer nu de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf voor post 15 met opzet geen prijs heeft geboden omdat deze post onvoldoende duidelijk was omschreven in het bestek.

6. De bevoegde Vlaamse minister beslist op 23 juni 2000 om de opdracht toe te wijzen aan de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf die de laagste regelmatige offerte indiende met een bod door het bestuur vastgesteld op 523.639.600 frank en aldus de verzoekende partij, met een bod van 529.980.302 frank, voorafgaat. Daarbij wordt overwogen dat de opdracht gegund kan worden zonder met de inschrijvingen voor de post 15 rekening te houden, onder verwijzing naar het feit dat voor deze post “door de inschrijvers geen of een ogenschijnlijk onrealistische prijs werd geboden”, naar een advies van de afdeling Overheidsopdrachten van 16 maart 2000 en naar artikel 112, § 2, 4/, tweede lid, van het “koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten”.

7. Tevens beslist de bevoegde minister om de ondertekende toewijzingsbeslissing nog niet te betekenen aan de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf, “gelet op de mogelijke procedure bij de Raad van State”.

8. Op 10 juli 2000 dient de verzoekende partij een verzoekschrift in tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de toewijzingsbeslissing van 23 juni 2000 en van de beslissing de opdracht bijgevolg niet aan haar toe te wijzen, (zaak gekend onder A. 93.395/XII-2677). In die zaak komt de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf tussen.

9. Bij tussenarrest nr. 89.076 van 24 juli 2000 wordt bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging bevolen van de beslissing van 23 juni 2000 tot toewijzing van deze opdracht aan de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf. Het arrest luidt onder meer :

“6.1. Overwegende dat de verzoekende partij in het eerste middel onder meer aanvoert dat de offerte van de tussenkomende partij onregelmatig is omdat voor post 51 van de opmetingsstaat rekening gehouden is met een materiaaldikte van 4 cm terwijl het bestek een dikte van 5 cm voorschrijft; dat,

ondergeschikt, zij daaraan toevoegt dat het bestuur zelfs niet onderzocht heeft of over de door de tussenkomende partij voorgestelde afwijking van het bestek wel heengestapt kon worden; dat naar haar oordeel de verwerende partij daarmee tekortgekomen is aan de verplichtingen die op haar rustten overeenkomstig artikel 110, § 2 juncto artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten, overeenkomstig de artikelen 2 en 3 van de formele motiveringswet en overeenkomstig het beginsel van de materiële motiveringsverplichting en het zorgvuldigheidsbeginsel;

6.2. Overwegende dat de verwerende partij te dien aanzien opmerkt dat de betreffende bestekvoorwaarde niet substantieel is en dat zij derhalve terecht mocht oordelen dat de offerte van de tussenkomende partij zich kon inpassen in de gevraagde doelstellingen; dat de tussenkomende partij stelt dat zij niet de bedoeling heeft gehad om af te wijken van het bestek en dat de bij haar offerte gevoegde bijlage waarin uiteengezet is dat zij voor post 51 rekening gehouden heeft met een materiaaldikte van 4 cm, niet kan worden gezien als een wijziging of een voorbehoud ten aanzien van de gestelde voorwaarden, maar alleen als een verduidelijking die per vergissing verwijst naar de materiaaldiktes die in Nederland gangbaar zijn en die, opgevat als een materiële vergissing, door het bestuur goed rechtgezet kan worden met de verplichting voor haarzelf om aan die wens van het bestuur te voldoen; dat zij er ook op wijst dat, wanneer de posten 50 en 51 van het bestek samen worden bekeken (zij heeft een onderlaag van 6 cm dikte in rekening gebracht), haar aanbod een laag voorziet die globaal 1 cm dikker is dan het bestek bepaalt, dat dus de vergissing die zij gemaakt heeft geen enkele invloed heeft op de offerte, maar alleen haarzelf in een nadelige positie heeft gebracht omdat haar prijs aldus 650.000 BEF duurder is geworden dan de voorgeschreven uitvoering;

6.3.1. Overwegende dat het bestek nr. 16EJ/99-17 (pag. 149) onder het hoofdstuk 2.2.6 : 'afwerkingen wegenis' de volgende posten bevat :
post '49 : code 5315 (SB250)- steenslagfundering dikte 30 cm'
post '50 : code 6363 (SB250)- profileerlaag type AB-3C, granulaat 0/10'
post '51 : code 6711 (SB250)- top laag type AB-1A, granulaat 0/20';

Overwegende dat het bestek daarmee verwijst naar de normen vermeld in het standaardbestek nr. 250, dat formeel en zonder mogelijkheid van afwijking (punt B1, pag. 28 van het bestek) van toepassing is verklaard op de hier in betwisting zijnde opdracht;

Overwegende dat geen van de partijen betwist dat de norm 6711 van het standaardbestek nr. 250 bepaalt : 'dikte E = 5 cm'; dat dus het bestek 16EJ/99-17 de inschrijvers verplicht de opdracht uit te voeren en in hun offerte rekening te houden met een top laagdikte van precies 5 cm; dat, door haar offerte te redigeren op basis van een top laag met een dikte van 4 cm, de tussenkomende partij zich niet geconformeerd heeft aan die norm en dus voor post 51 een inschrijving heeft gedaan die niet conform het bestek is; dat een inschrijving die niet voldoet aan de voorwaarden van het bestek onregelmatig is;

6.3.2. Overwegende dat artikel 110, § 2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 een inschrijving die een afwijking van de essentiële bepalingen van het bestek bevat zonder meer als nietig bestempelt; dat artikel 89 van hetzelfde besluit de technische specificaties opgenomen in het bestek tot een essentiële voorwaarde van de opdracht verheft; dat de vaststelling van de dikte van de afwerkingslaag der wegenis een technische specificatie is; dat aldus bekeken de onregelmatigheid die de tussenkomende partij bij het indienen van haar offerte heeft gemaakt haar volledige inschrijving lijkt te vitiëren;

6.3.3. Overwegende dat, indien de absolute nietigheid van de inschrijving die niet voldoet aan de technische specificaties van het bestek toch enigermate gerelativeerd kan worden wanneer de afwijking betrekking heeft op een minder belangrijk voorschrift of op een onbelangrijk aspect van de opdracht (zie

D. D'Hooghe : De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten, 1997, nr. 1205 en 1428, met verwijzing naar rechtspraak), de logica van het systeem in dergelijk geval minstens vereist dat het bestuur aanduidt welke redenen het tot een nuancering van zijn eerdere voorschriften hebben gebracht en op welke wijze het in die situatie toch een correcte vergelijking van de verschillende inschrijvingen heeft kunnen realiseren, meer bepaald met de inschrijvers die zich wel degelijk gehouden hebben aan de strikte voorwaarden van het bestek; dat in dit geval noch het bestreden besluit, noch het administratief dossier die beredenering bevat;

Overwegende dat de uiteenzetting van de tussenkomende partij met betrekking tot de mogelijke samenlezing van de posten 50 en 51, waardoor haar standpunt als een materiële vergissing kan worden begrepen die de correcte uitvoering van de werken niet in de weg staat, niet wordt bijgevalen; dat in de eerste plaats vastgesteld wordt dat niet blijkt dat de verwerende partij op die redenering acht geslagen heeft bij de totstandkoming van haar beslissing; dat voorts, inhoudelijk, een inschrijving die berekend is op basis van een toplaagdikte van 4 cm terwijl het bestek formeel een dikte van 5 cm voorschrijft geen materiële vergissing is maar een inhoudelijke afwijking van de betreffende bestekbepaling; dat daarenboven, in de redenering die zij opzet om haar vergissing goed te praten, de tussenkomende partij andere posten van het bestek betreft waarbij dan de vraag rijst op welke wijze het bestuur nog wel in de mogelijkheid was om een correcte vergelijking van de verschillende inschrijvingen in functie van de beoogde doelstelling te maken;

6.4. Overwegende, samenvattend, dat de tussenkomende partij voor post 51 een inschrijving heeft gedaan met inachtneming van een gegeven (toplaagdikte van 4 cm) dat formeel afwijkt van het duidelijk voorschrift van het bestek (vereiste toplaagdikte: 5 cm); dat die afwijking ten aanzien van de technische specificaties van het bestek haar inschrijving principieel nietig maakt; dat de verwerende partij op geen enkele wijze duidelijk maakt dat de onregelmatigheid die de tussenkomende partij begaan heeft betrekking heeft op een bijkomstig aspect van de opdracht; dat zij ook niet duidelijk maakt hoe de tussenkomende partij op basis van haar normen toch het gestelde doel (waarvoor het bestek een toplaag van 5 cm dikte voorschrijft) zal halen en hoe zij de verschillende inschrijvingen op dat vlak heeft kunnen vergelijken zonder de aannemers die zich wel naar de formele norm van het bestek gericht hebben te benadelen; dat in die zin het middel ernstig is;”.

10. Bij arrest nr. 117.770 van 1 april 2003 wordt in de laatstgenoemde zaak bij toepassing van artikel 21, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, wegens afwezigheid van een toelichtende memorie, het gebrek aan belang vastgesteld en de vordering tot nietigverklaring verworpen, de bevolen schorsing van de tenuitvoerlegging opgeheven en de kosten ten laste gelegd van de verwerende partij nu de daar bestreden beslissing van 23 juni 2000 op 21 augustus 2000 was ingetrokken.

11. Een nieuw gunningsverslag wordt opgesteld waarin omstandig wordt geargumenteed waarom de opmerkingen van de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf bij een aantal posten geen voorbehouden zijn en waarom de in het geding zijnde voorgestelde toplaag van 4 cm geen essentiële voorwaarde van de

opdracht betreft. Het voorstel is de opdracht, na schrapping van post 15, toe te wijzen aan de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf als inschrijver met de laagste regelmatige offerte voor een bedrag van 432.760.000 frank, BTW niet inbegrepen.

12. Het bestuur stelt op 13 maart 2001 aan de bevoegde Vlaamse minister voor een toewijzingsbeslissing in die zin te nemen.

13. Aannemende dat er al een formele beslissing is genomen, dient de verzoekende partij op 23 maart 2001 een verzoekschrift in tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van die vermeende toewijzingsbeslissing en van de vermeende beslissing de opdracht bijgevolg niet aan haar toe te wijzen, alsook een verzoekschrift tot nietigverklaring.

Die zaak is bij de Raad van State gekend onder A 102.173/XII-3015. In dat geding komt de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf tussen in de schorsingsprocedure.

14. Bij eindarrest nr. 94.896 van 24 april 2001 wordt in de meervermelde zaak de afstand van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en van het beroep tot nietigverklaring ingewilligd.

15. De betrokken zaak blijkt wel de aanleiding tot een nieuw onderzoek ten einde het aanbestedingsverslag eventueel aan te passen of met nieuwe elementen aan te vullen.

16. Er wordt een nieuw -het derde- gunningsverslag opgesteld waarin opnieuw omstandig wordt geargumenteed waarom de opmerkingen van de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf bij een aantal posten geen voorbehouden waren en waarom de in het geding zijnde en voorgestelde toplaag van 4 cm geen essentiële voorwaarde van de opdracht betreft. Dit leidt tot het voorstel de opdracht, na schrapping van post 15, opnieuw te gunnen aan de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf als inschrijver met de laagste regelmatige offerte voor een bedrag van 432.760.000 frank, BTW niet inbegrepen.

17. Het bestuur stelt op 27 juli 2001 aan de bevoegde Vlaamse minister voor een toewijzingsbeslissing in die zin te nemen maar de goedkeuringsbeslissing niet onmiddellijk te betekenen gelet op een mogelijke procedure voor de Raad van State en pas tot betekening over te gaan na een positief arrest in kort geding.

18. Op 8 augustus 2001 gaat de bevoegde Vlaamse minister hiermee akkoord en neemt hij de bestreden toewijzingsbeslissing.

19. Met een brief van 17 augustus 2001 deelt het bestuur aan de verzoekende partij mee dat haar offerte “niet werd uitgekozen” en wijst zij op de mogelijkheid een annulatieberoep in te stellen bij de Raad van State.

20. Met een op 11 oktober 2001 aangetekend verzonden verzoekschrift wordt namens de verzoekende partij de nietigverklaring gevorderd van deze beslissing van 8 augustus 2001 waarbij de opdracht “(1) [...] opnieuw wordt gegund aan de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf en (2) waarbij deze opdracht opnieuw niet wordt gegund aan de verzoekende partij”.

21. Met een aangetekende brief van 19 november 2001 wordt dan aan de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf meegedeeld dat haar inschrijving werd goedgekeurd ten bedrage van 523.639.600 frank, BTW inbegrepen.

Onderzoeksmaatregelen

22. In een brief van 6 september 2006 werd door de auditeur-verslaggever onder meer aan de raadsliden van de verzoekende partij gevraagd of het bij het verzoekschrift gevoegde stuk 14, een uittreksel uit het standaardbestek 250 met code 6711, de versie voor of na de wijzigingen van 1998 is.

Na een herinneringsbrief van 9 oktober 2006, werd op 12 oktober 2006 door de verzoekende partij geantwoord dat de gewijzigde pagina's in de update van het voormelde bestek onderaan gemerkt worden als “gewijzigd op 24.07.1998” en dat de code 6711 op blz. 71 van de catalogus van de genormaliseerde posten bij deze update niet werd gewijzigd zodat gesteld kan worden dat de gegevens op deze pagina dateren van vóór 1998. Op verzoek van de

auditeur-verslaggever in een brief van 25 oktober 2006, en na een herinneringsbrief van 12 december 2006, werd op 19 januari 2007, de versie van code 6711 zoals geldend na de wijzigingen van 1998 meegedeeld.

De gegrondheid van het beroep

23. De verzoekende partij steunt een eerste middel op “schending 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 de bepalingen van het bijzonder bestek nr. 16EJ/99 - 17 (post 51 van de samenvattende opmetingsstaat) en van het beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’ en van de materiële motiveringsplicht”.

24. In het auditorsverslag wordt het middel als volgt besproken en beoordeeld :

“(a) Verzoekende partij formuleert dit middel op p. 6-9 van het verzoekschrift. In essentie stelt zij dat de offerte van de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf substantieel onregelmatig was aangezien slechts een toplaag van 4 cm werd geboden in plaats van de in post 51 via verwijzing naar code 6711 van het standaardbestek nr. 250 genormaliseerde post voorgeschreven materiaaldikte van 5 cm. Nu de dikte van de toplaag van belang zou zijn voor de duurzaamheid en de stevigheid van de aan te leggen wegenis, zou het gaan om een afwijking van vooropgestelde elementaire uitvoeringseisen wat niet toegelaten is zonder dat het bestuur ter zake enige appreciatiebevoegdheid heeft.

Aangezien volgens de verzoekende partij uit artikel 110 § 2 juncto artikel 89 van het K.B. van 8 januari 1996 volgt dat elke afwijking van een technische specificatie moet leiden tot de nietigheid van de offerte, zou de argumentatie in het gunningsverslag dat de offerte van de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf geenszins de vergelijkbaarheid tussen de offertes of de rangschikking van de offertes heeft beïnvloed, niet aan de orde zijn. Door ten onrechte te stellen dat de code 6711 van het standaardbestek 250 niet meer is opgenomen in uitgave 1998 van het standaardbestek 250 voor de wegenbouw, terwijl deze code in 1998 geenszins werd gewijzigd, zou ook de formele en materiële motiveringsplicht zijn geschonden en zou ten onrechte aangenomen zijn dat er onduidelijkheid kon zijn over de voorgeschreven materiaaldikte.

Tenslotte stelt verzoekende partij subsidiair dat de in het gunningsverslag gegeven motivering in ieder geval niet afdoende kan zijn aangezien de afwijking een belangrijk aspect van de opdracht betreft nu de dikte van de toplaag van belang is voor de duurzaamheid en de stevigheid van de aan te leggen wegenis waarbij de door de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf voorgestelde materiaaldikte van 4 cm, hetzij 20 % minder dan voorgeschreven, een negatieve invloed zal hebben op de levensduur van de toplaag die sneller zal afslijten en dus sneller vervangen en/of hersteld zal moeten worden. Het argument dat het verschil in prijs tussen de door Van Den Biggelaar voorgestelde werkwijze en een bestekconforme werkwijze niet zeer aanzienlijk zou zijn, zou in dat verband volgens de verzoekende partij irrelevant zijn

aangezien het bestuur niet krijgt wat het gevraagd heeft, nl. een wegnis met een toplaag van 5 cm wat beantwoordt aan een bepaalde duurzaamheid en stevigheid, die de aannemers niet mogen veranderen en die niet geboden wordt door een toplaag van 4 cm. Het argument dat het doel van het bestek kan worden bereikt door een combinatie van de verschillende diktes van de verschillende lagen zou volgens verzoekende partij niet opgaan nu het bestek een onderscheid maakt tussen toplaag en onderlaag en voor de toplaag of slijtlaag een precieze dikte voorschrijft; indien die dikte niet belangrijk was of het doel van het bestek ook kan worden bereikt door andere diktes of door een totale dikte van onder- en toplaag dan had het bestek dit volgens verzoekende partij moeten toelaten en voorschrijven terwijl het dit niet deed en het bestuur moet zich houden aan het bestek dat het zelf toepasselijk verklaarde.

(b) Op p. 10 - 13 van de memorie van antwoord betwist verwerende partij, in een algemene opmerking die alle middelen betreft, met verwijzing naar rechtspraak en rechtsleer, het standpunt van verzoekende partij dat elke afwijking van een technische bepaling van het bestek moet leiden tot de nietigheid van de offerte. en benadrukt zij dat niet elke opmerking bij het bestek een ongeoorloofde afwijking of een voorbehoud bevat.

Op p. 14 - 17 antwoordt verwerende partij dan specifiek op het eerste middel.

Aldus vermeldt zij vooreerst dat het schorsingsarrest nr. 89.076 van 24 juli 2000 dat een gelijkaardig middel ernstig achtte, overwoog dat door verwerende partij niet duidelijk was gemaakt dat de door de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf begane onregelmatigheid een bijkomend aspect van de opdracht betrof, hoe de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf op basis van haar normen toch het gestelde doel zou kunnen bereiken en hoe zij de verschillende inschrijvers op dat vlak heeft vergeleken zonder de aannemers te benadelen die zich wel naar de formele normen van het bestek hebben gericht.

Daarna citeert zij de motivatie van het gunningsverslag waarom de bepalingen van post 51 geen essentiële bepalingen betreffen en waarom het voorstel ter zake in de offerte van de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf geenszins de vergelijkbaarheid van de offertes of de rangschikking beïnvloedt. Aldus stelt het gunningsverslag met name dat post 50 handelt over de profileerlaag type AB-3C granulaat 0/10 volgens code 6363 van het standaardbestek 250 voor de wegenbouw waar de dikte niet verduidelijkt wordt zodat de inschrijver daarover toelichting kan verschaffen terwijl post 51 handelt over een toplaag AB - 1A, granulaat 0/20 volgens code 6711 die een dikte van 5 cm vermeldt maar dat die code die niet meer is opgenomen in de uitgave 1998 van het standaardbestek wat voor onduidelijkheid zou hebben gezorgd bij de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf. Dat verslag stelt verder, dat de voorgestelde dikte van 4 cm gezien moet worden in combinatie met de profileerlaag van 6 cm zodat het totaal overeenkomt met de overige offertes, dat een verharding met een totale dikte van 10 cm resulteert in een technisch duurzaam jaagpad dat dienstvoertuigen van de administratie en van de Dienst voor de Scheepvaart de mogelijkheid biedt langs het jaagpad te rijden, dat het relatieve belang van post 51 beperkt is want minder dan 1 % van de opdracht en dat zelfs bij een omrekening van post 51 naar 5 cm, zeker gecombineerd met een omrekening van de profileerlaag naar 5 cm, de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf de goedkoopste zou blijven. Het gunningsverslag wijst er verder nog op dat de inschrijver bij de uitvoering hoe dan ook gebonden blijft door de bestekvoorschriften en door zijn offerteprijs.

Verwerende partij verwijst ook naar de elementen inzake deze technische kwestie verstrekt door de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf in de eerste schorsingsprocedure, onder meer dat voor post 51 verwezen wordt naar een type - AB - 1A, granulaat 0120, dat niet meer voorzien was in het

standaardbestek 250 zoals in 1999 geldend, dat de toelichting betreffende post 51 in de offerte zou berusten op een materiële vergissing waarin werd uitgegaan van de in Nederland gangbare en aanvaarde normen en een vanuit technisch oogpunt perfect haalbare en kwalitatief aanvaardbare uitvoeringswijze vermeldt, alsook naar een in dat kader voorgesteld rapport van een studie bureau Gedas B.I. n.v. dat de aangeboden wegoebouw 'ruimschoots voldoet aan de technische eisen in het bestek'. Verwerende partij benadrukt verder nog dat in functie van de doelstelling van de wegeniswerken, m.n. het aanleggen van een jaagpad als bijkomstig aspect van de globale opdracht inzake het realiseren van een nieuwe oeververdediging niet ernstig betwist kan worden dat de voorgestelde uitvoeringsmethode van de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf en deze van de verzoekende partij gelijkwaardig zijn en dat, zelfs wanneer al aangenomen zou worden dat de methode van verzoekende partij een klein voordeel zou bieden, dit geen meerprijs van 6.461.800 BEF verantwoordt, en dat thans anders dan in de eerste -geschorste- beslissing duidelijk wordt gemaakt waarom de post 51 een bijkomend aspect van de opdracht betreft nu de afwerking van de wegenis slechts 1,9 % (8.417.500 BEF op 432.660.000 BEF) van de totale aannemingssom betreft en waarbij post 51 slechts 0,76 % uitmaakt (3.298.750 BEF op 432.660.000 BEF). Nu het bedrag van post 51 van verzoekende partij minder bedraagt dan het verschil tussen beide inschrijvingsprijzen (6.461.800 BEF) zou, zelfs wanneer de juridische bezwaren m.b.t. post 51 gegrond zijn, dit feit volgens verwerende partij niet tot gevolg hebben dat verzoekende partij de laagste inschrijver is.

Inzake de ingeroepen schending van de materiële motiveringsplicht omdat de verantwoording van het gunningsverslag onvoldoende zou zijn omdat de dikte van de toplaag van belang is voor de duurzaamheid en de stevigheid van de aan te leggen wegenis, de oplossing van Van Den Biggelaar tot gevolg heeft dat de toplaag sneller afslijt en dus sneller vervangen of hersteld moet worden en dat het niet relevant is dat het prijsverschil tussen de voorgestelde oplossing en de bestekconforme oplossing niet aanzienlijk is omdat het bestuur aldus een wegenis krijgt die niet beantwoordt aan het gevraagde antwoordt zij enkel dat niet duidelijk is hoe aldus de materiële motiveringsplicht geschonden.

Inzake het 'patere legem' beginsel, dat zou inhouden dat het bestuur zich aan het bestek houdt en dus aan de voorgeschreven dikte, antwoordt zij dat het bestuur bij het beoordelen van de oplossingen gevonden door de inschrijvers kan oordelen dat een bepaalde technische norm die niet werd nageleefd in het licht van de opdracht niet belangrijk is of dat de wijziging van een niet belangrijk materieel niet leidt tot de nietigheid van de betrokken offerte.

(c) In een voorafgaande opmerking op p. 2 van de memorie van wederantwoord stelt verzoekende partij, met verwijzing naar het arrest Energy D, nr. 44.420 van 12 oktober 1993⁽⁴⁰⁾, dat er in casu sprake is van zes onregelmatigheden die werden ondergebracht in zes afzonderlijke middelen en dat, indien de Raad verwerende partij zou volgen dat bepaalde middelen niet substantiële onregelmatigheden betreffen of voorbehouden bij niet substantiële bestekbepalingen, het geheel van de verschillende onregelmatigheden en voorbehouden samen, in elk geval dient te leiden tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte van de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf.

Na de samenvatting van het eerste middel en van het verweer op p. 3 van de memorie van wederantwoord, repliceert verzoekende partij op p. 4 - 7.

⁽⁴⁰⁾ Eindarrest 80.404 van 25 mei 1999 : afstand na faillissement.

Verzoekende partij herhaalt dat blijkens de tekst van artikel 110 § 2 de overheid verplicht is een offerte die afwijkt van essentiële bestekbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89 dat onder meer verwijst naar technische specificaties als nietig te beschouwen en dat niet betwist kan worden dat de dikte van een toplaag van de wegenis dergelijke technische specificatie is zodat

de afwijking die de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf ter zake voorstelt leidt tot de nietigheid van de offerte nu dit leidt tot de aanleg van een wegnis die niet beantwoordt aan het bestek. Verwerende partij zou ten onrechte stellen dat de inschrijver bij de uitvoering in ieder geval aan het bestek gebonden is nu deze een voorbehoud maakte dat werd aanvaard.

Verzoekende partij benadrukt verder dat het bestuur in het bestek een toplaag met een bepaalde dikte vereiste en dus aangenomen moet worden dat het bestuur deze als essentieel heeft beschouwd; het feit dat de wegniswerken slechts een onbelangrijk onderdeel zouden vormen van de totale opdracht zou volgens haar dan ook irrelevant zijn. Het zou volgens verzoekende partij bovendien niet gaan om een onbelangrijke afwijking nu de aanleg van de wegnis volgens verwerende partij zelf een bedrag van 8.417.500 BEF of 1,9 % van de totale opdracht vertegenwoordigt wat niet vergelijkbaar is met het door verwerende partij ingeroepen arrest Cosimco, nr. 42.892 van 11 mei 1993 waarin het ging om 2 posten die samen 11.894 BEF betroffen op een totale prijs van 59.658.854 BEF of 0,02 % van de totale opdracht. De verdere door de verwerende partij ingeroepen rechtspraak zou volgens verzoekende partij geenszins het standpunt van verwerende partij bevestigen nu deze hetzij andere vragen betreffen dan wel, indien het gaat om afwijkingen van een technische voorwaarde, inhouden dat dit slechts zeer uitzonderlijk aanvaard kan worden zoals wanneer de afwijking een onbeduidende post betreft zoals in het arrest Cosimco of wanneer de technische voorwaarde zelf niet aanvaardbaar is zoals in het arrest Orbeta, nr. 25.470 van 14 juni 1985. In casu zou het geenszins gaan om een onbeduidende of niet toegelaten post en niet worden aangetoond dat de doelstelling van het bestek, een toplaag met een dikte van 5 cm ook bereikt wordt met een toplaag van 4 cm nu een 20 % minder dikke toplaag sneller afslijt en minder stevig is. De uitleg in het gunningsverslag, geïnspireerd door de nota die de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf achteraf 'pour les besoins de la cause' gaf, zou volgens verzoekende partij niet ernstig zijn nu de conformiteit van de offerte voor post 51 niet samen onderzocht moet worden met post 50 waar geen materiaaldikte is voorgeschreven, nu de code 6711 met een dikte van 5 cm nog wel vermeld is in het standaardbestek 250 uitgave 1998, nu het feit dat een toplaag van 4 cm ook zorgt voor een technisch duurzaam jaagpad dat dienstvoertuigen de mogelijkheid biedt langs het kanaal te rijden niet betekent dat de doelstelling van het bestek wordt vereist omdat dit geen technisch duurzaam jaagpad vereist maar een jaagpad met een toplaag van 5 cm wat technisch duurzamer is dan een jaagpad met een toplaag van 4 cm en omdat de omrekening van de inschrijvingsprijzen van de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf naar bestekconforme prijzen niet relevant is aangezien de vraag niet aan de orde is of deze bij een bestekconforme offerte nog steeds de laagste inschrijver is maar enkel of de niet conformiteit al dan niet essentieel is.

5.1.2. Bespreking

(a) Uit de rechtspraak van de Raad van State over de draagwijdte van artikel 110 § 2 van het K.B. van 8 januari 1996 blijkt dat het bestuur, indien er sprake is van een substantiële onregelmatigheid, gehouden is de offerte in kwestie te weren. Zij heeft dan geen keuzevrijheid. Zij dient wel te beoordelen of iets een substantiële onregelmatigheid is.

Aldus oordeelde de Raad nog in het schorsingsarrest Algemene Bouwondernemingen Robert Wyckaert, nr. 160.908 van 4 juli 2006 (UDN) 'dat artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, zoals te dezen van toepassing, bepaalt dat 'onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële bestekbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande

[kan] beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen'; dat aldus deze bepaling een onderscheid maakt tussen de gevallen waarin de inschrijvingen nietig zijn -dit is de substantiële onregelmatigheid- omdat ze afwijken van de voornaamste bepalingen van het bestek, onder meer degene die betrekking hebben op de prijs, de termijnen en de technische voorwaarden, en de gevallen van betrekkelijke nietigheid -de relatieve onregelmatigheid- waarin het bestuur het recht heeft om de inschrijvingen als onregelmatig te beschouwen; dat de vraag of een bepaling van het bestek essentieel is, namelijk dermate belangrijk dat de afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg moet hebben dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, dan ook in concreto in elk geval afzonderlijk in het licht van het dossier moet worden beantwoord; dat, indien een offerte substantieel onregelmatig is, het bestuur die offerte buiten beschouwing moet laten; dat het ter zake niet over een discretionaire bevoegdheid beschikt; dat de vraag zelf of een afwijking substantieel is daarentegen wel tot diverse antwoorden kan leiden; dat het daarbij in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid is om te bepalen of de afwijking al dan niet een essentiële bestekbepaling betreft; dat, indien de offerte enkel relatieve onregelmatigheden bevat, de aanbestedende overheid vrij is om de offerte om die reden al dan niet als onregelmatig te weren, zij het dat die beoordelingsbevoegdheid steeds in het licht van de concrete beschikbare gegevens moet worden uitgeoefend; dat in het ene en het andere geval de materiële motiveringsplicht daarbij oplegt dat bij die beoordeling is uitgegaan van aanvaardbare motieven die op zijn minst uit het administratief dossier moeten blijken en de genomen optie ook formeel moet worden gemotiveerd⁽⁴¹⁾;

(b) Het bestek nr. 16EJ/99-17 (p. 149/164) bevat onder het hoofdstuk 2.2.6 : 'afwerkingen wegenis' de volgende posten :

post '49 : code 5315 (SB250)- steenslagfundering dikte 30 cm'

post '50 : code 6363 (SB250)- profileerlaag type AB-3C, granulaat 0/10'

post '51 : code 6711 (SB250)- top laag type AB-1A, granulaat 0/20'.

Het bestek verwijst daarmee naar de normen vermeld in het standaardbestek nr. 250, dat formeel (punt B1, pag. 28/164 van het bestek) van toepassing is verklaard op de hier in betwisting zijnde opdracht⁽⁴²⁾.

Uit de door verzoekende partij voorgelegde stukken blijkt dat de pagina 70 van dit standaardbestek zoals gewijzigd op 24 juli 1998, blijkbaar zoals voorheen, verwijst naar een type AB 1 A, granulaat 0,20 met een dikte van 5 cm. Anders dan in het gunningsverslag aangenomen blijkt aldus duidelijk uit het bestek dat dit de inschrijvers verplicht de opdracht uit te voeren en in hun offerte rekening te houden met een top laagdikte van precies 5 cm. Code 6363 bevat geen vereiste van dikte voor de profileerlaag evenmin als het bijzonder bestek.

⁽⁴¹⁾ In dezelfde zin onder meer ook R.v.St., NV Cleaning Services , nr. 157.418, 6 april 2006 (UDN; SA Finsam Containers Systems, nr. 139.298, 13 januari 2005 (UDN) en BVBA Algemene Ondernemingen Verheyne, nr. 138.885, 27 januari 2005 (UDN).

⁽⁴²⁾ Er wordt daar verwezen naar "Standaardbestek 250 - technische bepalingen"; er wordt niet betwist dat de catalogus van de genormaliseerde posten met onder meer code 6711 daaronder valt.

Door haar offerte te redigeren op basis van een top laag met een dikte van 4 cm, heeft de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf zich niet geconformeerd aan die norm en dus voor post 51 een inschrijving gedaan die niet conform de technische vereisten van het bestek is. Indien die offerte toch wordt aanvaard, houdt dit in dat het bestuur deze afwijking aanvaardt en dus, anders dan aangenomen in het gunningsverslag, niet kan eisen dat de

BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf toch tegen dezelfde prijs een toplaag aanbrengt met een dikte van 5 cm.

Tevens kan bezwaarlijk worden betwist dat het gaat om een afwijking van een technische specificatie wat blijkt uit artikel 110 § 2 juncto artikel 89 in beginsel leidt tot een substantiële onregelmatigheid, zij het dat uit de rechtspraak van de Raad en de door verwerende partij in haar voorafgaande opmerking geciteerde rechtsleer blijkt dat niet elke afwijking van de technische voorwaarden een afwijking is van een essentiële voorwaarde die leidt tot een substantiële onregelmatigheid. Dit moet telkens in concreto worden onderzocht en formeel worden gemotiveerd.

In dit verband stelt het gunningsverslag zoals gezegd ten onrechte dat code 6711 niet meer is opgenomen in het standaardbestek nr. 250 uitgave 1998 nu uit de door verzoekende partij voorgelegde stukken het tegendeel blijkt. Men vergelijk haar stuk 14 bij het verzoekschrift :

Code	Omschrijving der werken	Eenheid	E.P. IN BEF	E.P. IN BEF	E.P. IN BEF	E.P. IN BEF
6700	Toplagen van bitumineuze verhardingen voor wegen van categorie IV					
6710	Toplagen van asfaltbeton					
6711	-,type AB-1A, granulaat 0/20, dikte E = 5 cm	m2				
6712	-,type AB-1B, granulaat 0/14, dikte E = 4 cm	m2				
6713	-,type AB-2C, granulaat 0/10, dikte E = 3 cm	m2				
6714	-,type AB-4C, granulaat 0/10, dikte E = 4 cm	m2				
6715	-,type AB-4D, granulaat 0/7, dikte E = 3 cm	m2				
6716	-,type AB-5D, granulaat 0/7, dikte E = 2,5 cm	m2				
6717	-,type AB-6D, granulaat 0/7, dikte E = 3 cm	m2				
6720	Toplagen van SMA type 1					
6721	-,type SMA-B1, granulaat 0/14, dikte E = 5 cm	m2				
6722	-,type SMA-C1, granulaat 0/10, dikte E = 4 cm	m2				
6723	-,type SMA-D1, granulaat 0/7, dikte E = 3 cm	m2				
6730	Toplagen van SMA type 2					
6731	-,type SMA-B2, granulaat 0/14, dikte E = 5 cm	m2				
6732	-,type SMA-C2, granulaat 0/10, dikte E = 4 cm	m2				
6733	-,type SMA-D2, granulaat 0/7, dikte E = 3 cm	m2				
6740	Toplagen van SMA type 3					
6741	-,type SMA-B3, granulaat 0/14, dikte E = 5 cm	m2				
6742	-,type SMA-C3, granulaat 0/10, dikte E = 4 cm	m2				

6743	-,type SMA-D3, granulaat 0/7, dikte E = 3 cm	m2				
6750	Toplagen van ZOA type 1					
6751	-,type ZOA-B1, granulaat 0/14, dikte E = 4 cm	m2				
6752	-,type ZOA-C1, granulaat 0/10, dikte E = 3 cm	m2				

en de tekst van deze code zoals opgenomen in het standaardbestek 250 na de wijzigingen in 1998 zoals op vraag van de auditeur-verslaggever voorgelegd door verzoekende partij met een brief van 19 januari 2007 :

Code	Omschrijving der werken	Eenheid	E.P. IN BEF	E.P. IN BEF	E.P. IN BEF	E.P. IN BEF
6700	Toplagen van bitumineuze verhardingen voor wegen van categorie IV					
6710	Toplagen van asfaltbeton					
6711	-,type AB-1A, granulaat 0/20, dikte E = 5 cm	m2				
6712	-,type AB-1B, granulaat 0/14, dikte E = 4 cm	m2				
6713	-,type AB-2C, granulaat 0/10, dikte E = 3 cm	m2				
6714	-,type AB-4C, granulaat 0/10, dikte E = 4 cm	m2				
6715	-,type AB-4D, granulaat 0/7, dikte E = 3 cm	m2				
6716	-,type AB-5D, granulaat 0/7, dikte E = 2,5 cm	m2				
6717	-,type AB-6D, granulaat 0/7, dikte E = 3 cm	m2				
6720	Toplagen van SMA type 1					
6721	-,type SMA-B1, granulaat 0/14, dikte E = 5 cm	m2				
6722	-,type SMA-C1, granulaat 0/10, dikte E = 4 cm	m2				
6723	-,type SMA-D1, granulaat 0/7, dikte E = 3 cm	m2				
6730	Toplagen van SMA type 2					
6731	-,type SMA-B2, granulaat 0/14, dikte E = 5 cm	m2				
6732	-,type SMA-C2, granulaat 0/10, dikte E = 4 cm	m2				
6733	-,type SMA-D2, granulaat 0/7, dikte E = 3 cm	m2				
6740	Toplagen van SMA type 3					
6741	-,type SMA-B3, granulaat 0/14, dikte E = 5 cm	m2				
6742	-,type SMA-C3, granulaat 0/10, dikte E = 4 cm	m2				
6743	-,type SMA-D3, granulaat 0/7, dikte E = 3 cm	m2				

6750	Toplagen van ZOA type 1				
6751	-,type ZOA-B1, granulaat 0/14, dikte E = 4 cm	m2			
6752	-,type ZOA-C1, granulaat 0/10, dikte E = 3 cm	m2			
6760	Toplagen van ZOA type 2				
6761	-,type ZOA-B2, granulaat 0/14, dikte E = 4 cm	m2			

Het gunningsverslag stelt ook dat de inschrijver hoe dan ook gebonden blijft door de bestekvoorschriften en door zijn offerteprijs, en gaat aldus voorbij aan haar goedkeuring van de afwijking.

Verder wijst het gunningsverslag er nog op dat de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf, zelfs met de herrekening van de toplaag naar 5 cm nog altijd de goedkoopste inschrijver zou zijn, dat het relatief belang van post 51 beperkt is want minder dan 1 % van de opdracht en dat een toplaag van 4 cm met een profileerlaag van 6 cm overeenkomt met de in de andere offertes voorgestelde toplaag van 5 cm en profileerlaag van 5 cm nu dit leidt tot een totale verharding van 10 cm wat resulteert in een technisch duurzaam jaagpad dat dienstvoertuigen van de administratie en de Diensten voor de Scheepvaart de mogelijkheid biedt langs het kanaal te kunnen rijden.

Met verzoekende partij dient mijns inziens aangenomen dat, wanneer het bestuur initieel een toplaag van 5 cm vereist, dit dan inhoudt dat zij deze dikte van belang acht voor de goede uitvoering van de opdracht. Zij moet dan ook concreet en specifiek aantonen waarom achteraf een aangeboden toplaag van 4 cm eveneens voldoende wordt geacht.

In casu wordt daartoe door het bestuur, pas na het indienen van de offertes en het eerste schorsingsberoep waarin reeds een middel op dit punt werd geformuleerd, zonder meer geponeerd dat een toplaag van 4 cm met een profileerlaag van 6 cm overeen komt met een toplaag van 5 cm en een profileerlaag van 5 cm zoals door de anderen aangeboden en evengoed resulteert in een technisch duurzaam jaagpad dat de dienstvoertuigen van de administratie en de Diensten voor de Scheepvaart de mogelijkheid biedt langs het kanaal te kunnen rijden. Er wordt nergens in het gunningsverslag vermeld, en er blijkt ook niet uit het administratief dossier, op welke technische basis dit gewijzigd oordeel steunt en in welke mate daarbij rekening is gehouden met de andere samenstelling van beide lagen. Het feit dat het bestek een onderscheid maakt tussen toplaag en profileerlaag, en enkel voor het eerste een bepaalde dikte vereist, houdt logischerwijze nochtans in dat deze vereiste een bepaald doel en dus een voordeel moest hebben terwijl het niet onwaarschijnlijk is zoals verzoekende partij stelt dat een wegnis met een toplaag van 5 cm sneller vervangen of hersteld moet worden dan een wegnis met een toplaag van 4 cm, toch een verschil van 20 %. Indien dit niet het geval is of wordt goedge maakt door het feit dat de profileerlaag met toch een andere samenstelling 6 cm bedraagt, diende concreet en specifiek uit het dossier te blijken waarop het technisch oordeel steunt dat daarom thans de toplaag van 4 cm ook volstaat voor de doelstelling van het bestek.

Er is in dit verband enkel de verwijzing in de memorie van antwoord naar het door de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf na de eerste (geschorste) toewijzingsbeslissing voorgelegde rapport van het studie bureau Gedas B.I. n.v. dat de aangeboden wegoopbouw 'ruimschoots voldoet aan de technische eisen in het bestek'. Los van de vaststelling dat dit rapport geen deel uitmaakt van het administratief dossier en er daarom alleen al dan ook geen rekening mee kan worden gehouden, gaat het voorbij aan de vaststelling dat het bestek een toplaag met een dikte van 5 cm vereiste en blijkt daaruit niet waarom

de voorgestelde toplaag van 4 cm en profileerlaag van 6 cm evenwaardig is met de gevraagde 5 cm toplaag. Verder blijkt ook niet dat het bestuur, bij de beoordeling van de offerte, met dit rapport, waarnaar nergens in het dossier verwezen wordt, rekening heeft gehouden.

‘Het argument in de memorie van antwoord dat, indien er al een voordeel zou zijn indien de wegenis een toplaag heeft van 5 cm en niet slechts 4 cm, dit niet opweegt tegen de meerprijs van 6.461.800 BEF, is evenmin relevant aangezien het niet werd opgenomen in de formele motivering van de eerste bestreden beslissing los van de vraag of in het kader van de beoordeling of een post essentieel is het totale prijsverschil tussen beide offertes relevant is en niet eerder het prijsverschil voor die post. Het toont ook niet aan dat de voorgestelde toplaag van 4 cm en profileerlaag van 6 cm evenwaardig is met de gevraagde 5 cm toplaag noch dat bv. rekening werd gehouden met de niet onwaarschijnlijke versnelde slijtage en de kost daarvan.

Het feit dat het relatief belang van post 51 beperkt is want slechts 1 % van de opdracht uitmaakt -verwerende partij stelt in de memorie van antwoord dat de afwerking van de wegenis slechts 1,9 % (8.417.500 BEF op 432.660.000 BEF) van de totale aannemingsom betreft waarvan post 51 slechts 0,76 % uitmaakt (3.298.750 BEF op 432.660.000 BEF)- toont in het licht van al het voorgaande evenmin op zich afdoende aan dat het niet kan gaan om een essentiële bepaling. Met verzoekende partij dient trouwens vastgesteld dat het in het door verwerende partij ter zake geciteerde arrest Cosimco ging om twee posten die 0,02 % van de totale prijs betroffen.

Het argument dat, nu het bedrag van post 51 van verzoekende partij minder bedraagt dan het verschil tussen beide inschrijvingsprijzen (6.461.800 BEF), zelfs wanneer de juridische bezwaren m.b.t. post 51 gegrond zijn, dit feit niet tot gevolg kan hebben dat verzoekende partij de laagste inschrijver is, is evenmin doorslaggevend aangezien het hier juist gaat om de vraag of de afwijking van post 51 essentieel is; verzoekende partij is de laagste inschrijver wanneer het gaat om een substantiële onregelmatigheid aangezien het bestuur dan de offerte van de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf moest weren.

Eventueel zou nog aangevoerd kunnen worden dat niet alleen verwerende partij poneert dat het voorstel van de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf resulteert in een technisch duurzaam jaagpad maar dat verzoekende partij zelf in dit kader in feite wat betreft dit technisch aspect niet meer doet dan stellen dat geen technisch duurzaam jaagpad werd gevraagd dat geschikt is voor gebruik door dienstwagens maar een toplaag met een dikte van 5 cm en dus niet een toplaag van 4 cm, en niet met technisch argumenten aantoonde dat dit laatste niet ook kan volstaan maar enkel poneert dat dit sneller slijt, en dat de auditeur-verslaggever, of de Raad, bezwaarlijk zonder technische bijstand kunnen oordelen welk technisch standpunt het juiste is.

Los van de vaststelling dat verwerende partij dit niet opwerpt, meen ik dat het uitgangspunt hier is dat het gaat om een technische bepaling, hetgeen verwerende partij niet betwist, zodat dit in beginsel blijkens artikel 110 § 2 juncto artikel 89 een essentiële bepaling is zodat het aan het bestuur toekomt aan te tonen waarom een afwijking aanvaardbaar is indien een verzoeker dit betwist hier met verwijzing naar een toch niet onwaarschijnlijke snellere slijtage, wat verwerende partij zoals gezegd niet concreet en specifiek doet. Aangezien aldus in feite niet vereist is dat de Raad een afweging maakt tussen twee technische argumentaties, is er ook geen reden om een -ook niet gevraagd- deskundigenonderzoek te bevelen over de vraag naar de al dan niet technische gelijkwaardigheid van de beide voorstellen.

(c) Ik meen dan ook dat de conclusie van het eerste schorsingsarrest parafraserend nog steeds geldt dat Van Den Biggelaar voor post 51 een inschrijving heeft gedaan met inachtneming van een gegeven (toplaagdikte van 4 cm) dat formeel afwijkt van het duidelijk voorschrift van het bestek (vereiste

toplaagdikte: 5 cm), dat die afwijking ten aanzien van de technische specificaties van het bestek haar inschrijving principieel nietig maakt en dat verwerende partij niet afdoende concreet en specifiek duidelijk maakt waarom die onregelmatigheid geacht wordt betrekking te hebben op een niet essentiële voorwaarde van de opdracht, d.w.z. waarom thans een toplaag van 4 cm gelijkwaardig is met een toplaag van 5 cm en waarom de diktes van de toplaag en profileerlaag thans gecombineerd kunnen worden alhoewel enkel voor de eerste laag in het bestek een dikte werd voorgeschreven en het gaat om verschillende materialen. Dit houdt dan ook in dat nog steeds de conclusie geldt dat niet is aangetoond waarom deze afwijking van een technisch voorschrift niet leidt tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte zodat de ingeroepen rechtsregels, de ingeroepen bestekbepaling en de ingeroepen beginselen geschonden zijn.

(d) Het eerste middel is dan ook gegrond en volstaat alleen al om de eerste bestreden beslissing, de toewijzing aan de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf te vernietigen.

Aangezien in het gunningsverslag wordt gesteld dat alle inschrijvingen formeel en inhoudelijk regelmatig zijn (in het licht van dit middel ten onrechte w.b. de inschrijving van de BV Van Den Biggelaar Aannemingsbedrijf) en ook in de memorie van antwoord geen exceptie wordt opgeworpen dat de vordering van de verzoekende partij onontvankelijk is bij gebrek aan belang nu ook haar offerte substantieel onregelmatig zou zijn⁽⁴³⁾ dient in de huidige stand van het geding dan ook aangenomen dat verzoekster in feite de goedkoopste regelmatige offerte indiende zodat ook de impliciete beslissing de opdracht niet aan haar toe te wijzen dan dient te worden vernietigd.

⁽⁴³⁾ Het citaat in de memorie van antwoord bij het tweede middel (p. 19) uit de technische uiteenzetting van Van Den Biggelaar in de eerste schorsingsprocedure, nl. dat ook de prijs van verzoekende partij voor post 27 geen rekening houdt met de storkosten die verbonden zijn aan het bergen van de asfaltbrokstukken in haar veronderstelling dat deze niet herbruikt kunnen worden, volstaat daartoe voor mij niet. Ter zake kan verder ook verwezen worden naar de bespreking van dat middel.”.

25. De verwerende partij heeft niet op het auditoraatsverslag gereageerd aangezien ze geen laatste memorie heeft neergelegd en ook ter terechtzitting afwezig was.

De Raad van State valt de aangehaalde overwegingen van het auditoraatsverslag bij en maakt deze overwegingen evenals de conclusie, tot de zijne.

Het besproken middel is gegrond en moet leiden tot nietigverklaring van de beide bestreden beslissingen.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van de Minister vice-president van de Vlaamse regering en Vlaams minister van Mobiliteit, Openbare Werken en Energie van 8 augustus 2001 waarbij de opdracht voor het realiseren van een nieuwe oeververdediging langs het Albertkanaal op de linker- en rechteroever tussen de eerste brug van Oelegem en de duiker van de Grote Schijn, bestek nr. 16 EJ/99-17, opnieuw wordt toegewezen aan de B.V. Van den Biggelaar Aannemingsbedrijf en waarbij deze opdracht opnieuw niet wordt gegund aan de NV Herbosch-Kiere.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 173,50 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op achtentwintig februari 2008, 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.