RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 183.597 van 29 mei 2008
in de zaken A. 187.885/XII-5414.
A. 188.057/XII-5426.

In zake : I.+ II.
de NV NEY & PARTNERS,
die woonplaats kiest bij
advocaten P. Thiel en V. Dor,
kantoor houdende te 1170 Brussel,
Terhulpsesteenweg 178

tegen :

I.+ II.
het BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaten F. Maussion en L. Schellekens,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Ney & Partners op 17 april 2008 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “de beslissing van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest dd. 21 maart 2008 van verwerping van de offerte van Ney & Partners NV mbt tot de opdracht van diensten voor het volledig ontwerp van een nieuwe brug van het klein eiland op het grondgebied van de gemeente Anderlecht en bijstand aan de bouwheer bij het bouwen van deze brug”; (A. 187.885/XII-5414)

Gezien het verzoekschrift dat de NV Ney & Partners op 5 mei 2008 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “de beslissing van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest dd. 21 maart 2008 van gunning van de opdracht van diensten voor het volledig ontwerp van een nieuwe brug van het klein eiland op het grondgebied van de gemeente Anderlecht en bijstand aan de bouwheer bij het bouwen van deze brug aan het Studiebureau Greisch (structurele variante nr. 2)”(A.188.057/XII-5426);

Gelet op de beschikking van 18 april 2008 waarbij de terechtzitting in de zaak A.187.885/XII-5414 bepaald wordt op 6 mei 2008, om 10.30 uur, datum waarop de zaak werd uitgesteld naar de terechtzitting van 22 mei 2008, om 10.30 uur;

Gelet op de beschikking van 7 mei 2008 waarbij de terechtzitting in de zaak A. 188.057/XII-5426 bepaald wordt op 22 mei 2008, om 10.30 uur;

Gezien de nota's van de verwerende partij;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat V. Dor, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat L. Schellekens, die loco advocaat F. Maussion verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur P. Barra;

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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. In het Bulletin der aanbestedingen van 20 augustus 2007 wordt door de verwerende partij de in het geding zijnde opdracht bekendgemaakt waarop het bijzonder bestek nr. B1-2007-0018 van toepassing is.

Het voorwerp van de opdracht is volgens het bestek (blz.13/144) :

> "Opdracht m.b.t. het volledige ontwerp (studies m.b.t. haalbaarheid, voorontwerp, ontwerp en uitvoering), de opvolging van de uitvoering en bijstand aan de opdrachtgever aangaande de vervanging door een enige tuibrug van het geheel bestaande uit twee bruggen en de bijbehorende taluds, inbegrepen de studie van de desbetreffende verkeersomleidingen, het afbreken van de bestaande kunstwerken (bruggen en taluds), de studie van de stedenbouwkundige integratie en de integratie van het kunstwerk in de stedelijke omgeving evenals het herstellen in de oorspronkelijke toestand van de omgeving van het nieuwe kunstwerk waaronder zijn aansluitingen op de bestaande wegen".

Op blz.15/144 van het bijzonder bestek - vrijwel woordelijk herhaald op blz 24 - wordt het volgende vermeld :

"In deze milieu- en architecturale context, wordt het studiebureau verplicht een offerte in te dienen voor drie voorontwerpen (het basisvoorontwerp en twee originele structurele varianten van tuibruggen). Voor elk van de drie voorontwerpen wordt de dienstverlener verplicht een samenvattende inventaris en een inschrijvingsformulier in te dienen.
Deze twee voorgeschreven structurele varianten moeten getuigen van een originele esthetische benadering en verschillen van elkaar door het voorstel

- hetzij van brugdekstructuurtype en/of van de aard van het (of de) bouwmateria(a)(len) van het brugdek (beton, staal, gemengd beton-staal),
- hetzij van de langshelling, de samenstelling, de bekleding en/of van de vorm van de pyloon,
- hetzij van de verdeling van tuiverankeringen, van het tuikokerstype of van het tuiverankeringstype.

De esthetische integratie van een leuning en van een randprofiel (riolering inbegrepen) zal ook integraal deel uitmaken van de drie voornoemde voorontwerpen".

Inzake de gunningscriteria vermeldt het bestek op blz.25 :

"- criterium nr 1: Prijs van de opdracht 30 punten
- criterium nr 2: Duur van de fasen 1 tot en met 4 20 punten
- criterium nr 3: Bijkomende prestaties die nuttig zijn voor de aanbestedende overheid en die buiten de minimale vereisten van onderhavig bestek vallen 5 punten
- criterium nr 4: De technische en bouwkundige waarde van het voorontwerp van de tuibrug (enige pyloon en waaiertuinet)
  Ter staving zal hij verklarende schetsen toevoegen van elk voorontwerp
  De integratie van een randprofiel en van de leuning zal ook overwogen worden 30 punten
- criterium nr 5: een beschrijvende nota van de vooropgestelde methodologie voor de stedenbouwkundige integratie van het project in zijn omgeving 15 punten";

De opening der offertes grijpt plaats op 11 oktober 2007 om 11 u.

2. De verzoekende partij dient een offerte in voor het basisontwerp en de twee varianten.

3. Op 21 maart 2008 beslist de minister

- de twee inschrijvers, dit zijn de verzoekende partij en de het Studiebureau Greisch, te selecteren

- de drie offertes (basisontwerp + de twee structurele varianten) van de verzoekende partij te verwerpen wegens onregelmatigheid
- op grond van een analyseverslag over de inschrijving van het Studiebureau Greisch, dit bureau de opdracht toe te wijzen.

De beslissing om de drie offertes van de verzoekende partij te verwerpen wegens onregelmatigheid wordt als volgt gemotiveerd :

> "Gelet op het hoofdstuk I, punt I.4 van het bijzonder bestek B1/MRC/2007-0018 (pag. 24), waarin onder andere wordt bepaald :
> Hoofdstuk I: Doel en inhoud van de opdracht-Algemeen
> I.4 Bijzondere kenmerken van de opdracht - Keuze van de opdrachtnemer
> 'De esthetische integratie van een leuning en van een randprofiel (riolering inbegrepen) zal ook integraal deel uitmaken van de drie voornoemde voorontwerpen.'
> Overwegende dat op basis van de analyse van de drie offertes (Basisvoorontwerp + de twee structurele varianten) van Ney & Partners N.V., het volgende is gebleken ;
> / In tegenstelling tot wat het bestek bepleit (Bijlage 5), geen integratie van de rioolgoot in het randprofiel.
> Overwegende dat daardoor de drie offertes van Ney & Partners N.V. niet in overeenstemming is met het bijzonder bestek".

4. Deze beslissing wordt met een brief van 7 april 2008 aan de verzoekende partij ter kennis gebracht; in deze brief wordt verwezen naar een wachtperiode van 10 dagen en een bij de Raad van State in te stellen procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid overeenkomstig artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

De procedure

5. Er is grond om de beide vorderingen samen te behandelen aangezien ze beide dezelfde opdracht betreffen en dezelfde partijen daarbij in het geding zijn.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

6. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid 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.

7. Wat de tweede voorwaarde betreft, voert de verzoekende partij in een enig middel in de eerste vordering de schending aan van de artikelen 89 en 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van de motiveringsplicht uit artikel 21bis van de voormelde wet van 24 december 1993 en van "het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur"; verzoekende partij voert "alsook" de kennelijke beoordelingsfout aan van de aanbestedende overheid.

Daartoe wordt betoogd hetgeen volgt :

- De motivering van de bestreden beslissing is onjuist.
  Het bestek schrijft voor dat de esthetische integratie van een leuning en van een randprofiel (riolering inbegrepen) ook integraal deel zal uitmaken van de drie voorontwerpen; de bestreden beslissing stelt dat er geen integratie van de rioolgoot is in het randprofiel. Dit is onjuist.
- Wat de basisofferte betreft vereist het bestek immers niet dat er zoals voor de varianten een duidelijke beschrijving, een principeschema en uitvoerige schetsen van de voorgestelde oplossing worden gegeven; dat is evident nu de aanbestedende overheid zelf voor de basisofferte schetsen in het bestek heeft opgenomen; de integratie van de leuning en van het randprofiel maakte deel uit van het door de aanbestedende overheid meegedeelde basisontwerp; de basisofferte van de verzoekende partij vertoont op dat punt geen afwijking van het bestek; voor het vierde criterium schrijft de verzoekende partij in het inschrijvingsformulier dat ze de elementen van het basisontwerp van de aanbestedende overheid aanvaardt en in acht neemt.
- Wat de varianten betreft wordt verwezen naar blz.. 24/25 van haar twee portfolio's inzake de twee varianten waar vermeld wordt :

  "De geprefabriceerde elementen worden gerealiseerd op basis van een unieke geometrie. De gemiddelde dikte van de elementen is 15 cm en we stellen voor de uitstekende balken gelijktijdig met het geprefabriceerde element uit te voeren. Op die manier is het mogelijk om een hoge kwaliteit voor de afwerking van het beton te bekomen. Een gladde bekisting met lichtgrijs of wit beton lijkt ons hiervoor haalbaar.

Het volume van een prefab element is bij bandering 6,4m³, en weegt ongeveer 16ton.
Het is dus ook mogelijk om hierin functionele elementen te integreren, zoals bijvoorbeeld :
- uitsparing voor verlichting
- aansluiting voor borstwering
- regenwaterafvoer
- etc.

De onderkant uitvoeren in geprefabriceerd beton laat ook toe om continuïteit te creëren tussen de onderzijde en de zijkant van de brug. Op die manier bekomen we een continue overgang tussen de onderzijde en de borstwering.
De borstwering vormt de visuele continuïteit met de onderzijde van de brug. Wij stellen voor dat deze structuur conform is aan STS54, met een minimale hoogte van 120cm. De borstwering wordt rechtstreeks op het beton bevestigd door middel van breekbouten. We stellen voor platen te gebruiken uit RVS welke met laser uitgesneden worden om een visuele lichtheid, duurzaamheid en continuïteit met de onderzijde te bekomen".

- De schetsen gevoegd bij deze tekst tonen duidelijk aan dat de leuning en het randprofiel geïntegreerd zijn en dat de riolering in deze integratie begrepen is.
- De verwerende partij heeft dan ook een kennelijke beoordelingsfout gemaakt, minstens is de motivering niet adequaat. Ondergeschikt moest de aanbestedende overheid motiveren waarom de betrokken onregelmatigheid substantieel is.

8. In haar nota legt de verwerende partij er de nadruk op dat de betrokken integratie naast een esthetisch oogmerk ook voor gevolg heeft dat het aantal rioolkolken wordt vermeden die immers als bron van infiltratie de duurzaamheid van het bouwwerk in gevaar brengen omdat ze een doorboring van het brugdek vereisen en die integratie in die zin als technisch gegeven een substantieel besteksvereiste is.

9. In haar tweede vordering repliceert de verzoekende partij op de opmerkingen in de nota van de verwerende partij in de eerste zaak. Ze houdt het voorts bij hetzelfde middel en voegt er het volgende aan toe :

- De verwijzing van de verwerende partij naar de problematiek van de rioolkolken is de werkelijke reden van de verwerende partij om de offerte van de verzoekende partij te weren; de vereiste om rioolkolken vermijden is echter niet in het bestek vermeld. Voorts geven de schetsen en toelichtingen van de verzoekende partij expliciet aan dat er een model wordt voorgesteld van integratie van de leuning met het randprofiel - de riolering is ook geïntegreerd in het randprofiel. Had de verwerende partij een oplossing zonder rioolkolken gewild, dan had ze dit moeten in het bestek voorzien.

- Op blz. 24 van het bestek wordt alleen voor de twee varianten verlangd dat er een duidelijke beschrijving, een principeschema en uitvoerige schetsen bij de offerte worden gevoegd. Deze schetsen en beschrijving waren dus niet geëist voor de basisofferte.

De verwerende partij stelt in haar nota in de tweede zaak dat varianten enkel toegelaten zijn voor wat het structureel type van het voorgestelde kunstwerk betreft en niet wat de integratie van de riolering in het randprofiel betreft.

Voorts verwijst de verwerende partij als volgt naar de volgende besteksbepalingen :

> "- blz.74: Wat betreft de afwatering van het brugdek (met inbegrip van de voetpaden) en om singuliere punten in het wegdek te vermijden, moet de dienstverlener een oplossing voorstellen die het mogelijk maakt de klassieke straatkolken te vervangen door een laterale metalen goot ingebouwd in een metalen randprofiel waarvan de kleur bepaald zal worden in overleg met de leidend ambtenaar.
> - blz.. 75: Voor de nutsbedrijven en concessiehouders moet een dienstgoot voorzien worden met een verticale opening in de grondkerende wanden. Aan de twee uiteinden van de brug moeten inspectieputten voorzien worden die toegang verlenen tot deze goot.
> - blz. 83: Het brugdektype en de integratie van een randprofiel (met inbegrip van de afwatering) en van de leuning zullen ook beoordeeeld worden.
> - blz. 85: Het wegdek bestaat uit drainerend asfalt en de afwatering gebeurt langs goten die deel uitmaken van het randprofiel".

Zij besluit dat de verwijzing in haar eerste nota naar de problematiek van de rioolkolken enkel de bedoeling had te wijzen op het belang van de integratie van de riolering in het randprofiel.

10. Het bestek vermeldt op de voormelde bladzijden 15 (beschrijving van de opdracht) en 24 (bijzondere kenmerken van de opdracht) dat de "esthetische integratie van een leuning en van een randprofiel (riolering inbegrepen)" integraal deel zal uitmaken van de drie voorontwerpen; naar die laatste bladzijde wordt in de bestreden beslissing uitdrukkelijk verwezen; bij het vierde gunningscriterium vermeldt het bestek op blz. 25 : "de integratie van een randprofiel en van de leuning zal ook overwogen worden" (in het Frans: L'intégration d'un profil de rive et du garde-corps sera également "évaluée"). Bij dit criterium wordt ook gesteld dat de inschrijver ter staving van de technische en bouwkundige waarde verklarende schetsen zal toevoegen van "elk" voorontwerp.

Op blz. 44 vermeldt het bestek betreffende bij te voegen bescheiden dat de inschrijver op straffe van nietigheid het geheel van de bescheiden waarmee de offerte kan worden geëvalueerd op grond van de gunningscriteria, bij zijn offerte dient te voegen.

Op bladzijde 74 van het bestek (samenstellen van het aanbestedings-dossier) wordt de optie verwoord om straatkolken te vermijden en de bedoeling ervan, namelijk perforatie van het wegdek voorkomen, en de vereiste oplossing, namelijk de "klassieke" kolken te vervangen door een laterale metalen goot ingebouwd in een metalen randprofiel.

Uit hetgeen voorafgaat lijkt te moeten worden afgeleid dat

- het bestek wel degelijk voor alle drie de voorontwerpen vereist dat er een "esthetische integratie" in is opgenomen van een leuning en van een randprofiel inbegrepen de riolering;
- die integratie herhaaldelijk uitdrukkelijk vermeld wordt en als te evalueren gegeven ook expliciet bij het vierde gunningscriterium wordt vermeld;
- van alle drie de voorontwerpen er schetsen dienden te worden bijgebracht onder andere dienstig bij de beoordeling aan de hand van het vierde gunningscriterium;
- het niet bijbrengen van de bedoelde schetsen met nietigheid wordt gesanctioneerd.

In de huidige stand van het geding mag worden vastgesteld dat de verzoekende partij, nu zij geen schetsen voegde bij haar basisontwerp, alleen reeds op grond daarvan mocht worden aangemerkt als een inschrijver die een onregelmatige inschrijving had ingediend, omdat bij gebrek aan schetsen niet voldoende kon worden beoordeeld of er wel degelijk een rioolgoot in het randprofiel was geïntegreerd.

De verzoekende partij lijkt zich daarentegen niet - zoals zij doet ter staving van haar stelling, dat geen schetsen bij het basisontwerp waren vereist - te kunnen steunen op een zinsnede bladzijde 24 van het bestek waar is te lezen : "Om de voordelen van een bepaald ontwerp t.o.v. de referentie- of basisoplossing (eventueel aangepast) te kunnen beoordelen zal bij elk van de twee voorgestelde structurele varianten die verplicht deel uitmaken van de offerte, een duidelijke beschrijving, een principeschema en uitvoerige schetsen van de voorgestelde

oplossing (bouwfasen inbegrepen), alsook een realistische raming van de kostprijs en van de uitvoeringsplanning (in werkdagen) gevoegd worden." Het lijkt immers niet dat, nu in een onderdeel van het bestek, dat specifiek de varianten betreft, van schetsen sprake is, de andere voormelde bepalingen die wel degelijk de drie voorontwerpen en dus ook het basisontwerp betreffen, op het gebied van de schetsen buiten werking worden gesteld.

In bijkomende orde, wat dan de betrokken integratie zelf betreft, lijkt in elk geval een "integratie" te worden verlangd van de riolering in een randprofiel. Prima facie zou het inderdaad zoals de verwerende partij suggereert kunnen gaan om een profiel of strook aan de rand van de brug waarin een riolering dient te worden verwerkt en dit op esthetische wijze. De inschrijving van de verzoekende partij getoetst aan die eis lijkt te doen kennen dat het ontwerp zoals in de schetsen bij de varianten opgenomen, niet voldoet op dat punt: deze schetsen lijken niet in het vereiste randprofiel te voorzien, laat staat een "rand"-profiel met een riolering. Er is immers een goot ontworpen op ongeveer 1/4 van de rand van de brug doch deze goot lijkt slechts een uitsparing in het wegdek; prima facie is hier dus geen integratie van een randprofiel met riolering. Voorts lijkt ze aldus ook niet het euvel van perforatie van het brugdek op te vangen.

Wanneer aldus in de bestreden beslissing wordt vermeld dat er geen integratie van de rioolgoot in het randprofiel is, lijkt die redengeving vooralsnog pertinent en juist.

De verzoekende partij kan ten slotte niet worden bijgevallen in haar stelling, dat in de bestreden beslissing niet dan wel onvoldoende tot uiting zou komen en worden gemotiveerd dat het te dezen gaat om een substantiële tekortkoming; in de bestreden beslissing wordt immers een van de bepalingen vermeld - met haar vindplaats op bladzijde 24 van het bestek - waaruit deze vereiste integratie van de rioolgoot blijkt; het bestek geeft ditzelfde vereiste op diverse andere plaatsen weer: onder andere bij het vierde gunningscriterium (technische en bouwkundige waarde van het voorontwerp van de tuibrug) is dit zelfs het enige inhoudelijke element dat vermeld wordt. Ook tegen de achtergrond van de hiervoor geschetste finaliteit ervan, lijkt deze bepaling aldus een belangrijke technische vereiste in te houden, die met onregelmatigheid mocht worden gesanctioneerd.

13. Aldus is niet aangetoond op welke wijze de in het middel vermelde rechtsnormen zouden zijn geschonden. Die vaststelling geldt voor het genoemde

artikel 89 (betreffende de documenten bij een offerte te voegen), artikel 110 (betreffende de regelmatigheid van de offerte) en voor de motiveringsverplichtingen. Voorts lijkt geen “kennelijke beoordelingsfout” in hoofde van de verwerende partij voorhanden. Het enig middel is niet ernstig.

7. Er is niet voldaan aan de tweede van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die moeten vervuld zijn om de schorsing toe te wijzen. De vorderingen moeten dienvolgens worden verworpen.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

De zaken nrs. A.187.885/XII-5414 en 188.057/XII-5416 worden gevoegd wat de vorderingen tot schorsing betreft.

Artikel 2.

De vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 350 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op negenentwintig mei 2008, door :

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

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **D. VERBIEST.**