

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 183.810 van 5 juni 2008
in de zaak A. 187.173/XII-5349.**

In zake : de NV ACLAGRO,
die woonplaats kiest bij
advocaten C. De Wolf en A. Verheggen,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6

tegen :

de GEMEENTE ZINGEM,
die woonplaats kiest bij
advocaatn F. Vandendriessche en L. De Vuyst,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

tussenkomen de partij :

de NV GEBROEDERS DE WAELE,
die woonplaats kiest bij
advocaat Ph. Leroy,
kantoor houdende te Gent,
Coupure 5.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Aclagro op 18 maart 2008 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing d.d. 13 februari 2008 van verwerende partij, aan verzoekende partij overgemaakt bij aangetekend schrijven d.d. 13 februari 2008, om de opdracht voor de aanneming van werken betreffende de aanleg van een fietspad langsheen de N435 toe te wijzen aan belanghebbende partij, alsook de impliciete weigeringsbeslissing om betreffende opdracht niet toe wijzen aan verzoekende partij”;

Gelet op het arrest nr. 180.837 van 11 maart 2008 waarbij de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur P. Barra;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 8 mei 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 20 mei 2008 om 11.30 uur;

Gelet op het faxbericht van 15 mei 2008 waarbij gemeld wordt dat de zaak wordt uitgesteld tot de terechtzitting van 29 mei 2008, om 10.30 uur;

Gezien het op 4 april 2008 ingediende verzoekschrift waarbij de NV Gebroeders De Waele vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten C. De Wolf en A. Verheggen, die verschijnen voor de verzoekende partij, van advocaat L. De Vuyst, die loco advocaat F. Vandendriessche verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat I. Bockstaele, die loco advocaat Ph. Leroy verschijnt voor de tussenkomende 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. Volgens het toepasselijke bijzonder bestek nr.184003 is de in het geding zijnde opdracht een overheidsopdracht voor de aanneming van werken en de gunningswijze is de openbare aanbesteding.

De opdracht beoogt de aanleg van een fietspad langsheen de N435 en omvat :

“Voorbereidende werken en opbraakwerken
Aanleg van een rioleringsstelsel: RWA en DWA met overlaat
Aanleg van fietspaden
Beplantingswerk
Aanleg van een nieuwe rijweg
Uitvoeren van onderhoudswerkzaamheden van de rijweg
Het onderhoud van de werken gedurende een waarborgperiode”.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 8 oktober 2007.

2. Er worden in totaal zeven offertes ingediend.

3. Er wordt een aanbestedingsverslag opgesteld door de ontwerper, zijnde de NV Grontmij Vlaanderen met als datum 27 november 2007. Daarin worden de rekenkundige fouten in de offertes verbeterd.

Er wordt op gewezen dat de THV NV Audoorn e.a. een overeenkomst van een tijdelijke handelsvennootschap voorleggen waarbij vermeld wordt dat “de deelneming van iedere vennoot is vastgesteld op 100% Audoorn & co”. Het verslag stelt voor juridisch advies hierover in te winnen. Uit het verslag blijkt ook dat er tijdens de openingszitting over het hoofd werd gezien dat in de offerte van de inschrijver THV NV Audoorn e.a. er een korting ad 3% opgenomen was; dit was vermeld op de laatste bladzijde van het inschrijvingsbiljet.

Dit betekent voor de rangschikking dat die er, na verbetering van rekenkundige fouten en verrekening van die korting, als volgt uitzielt (in euro) :

1. NV De Waele Gebroeders -te dezen de tussenkomende partij-	4.199.694,88
2. THV NV Audoorn e.a.	4.503.544,69
3. NV Aclagro -te dezen de verzoekende partij-	4.521.464,29
4. NV Aswebo	4.647.644,64
5. NV Stadsbader	4.765.929,47
6. THV Vanden Berghe - Mols	4.955.865,01
7. NV Wegebo	4.989.080,02.

4. Op 3 december 2007 wordt een prijsverantwoording gevraagd aan de NV De Waele Gebroeders.

Met een brief van 13 december 2007 wordt geantwoord inzake de als abnormaal beschouwde eenheidsprijzen. Hierin geeft deze inschrijver onder meer toe dat er een tikfout is gemaakt bij de eenheidsprijzen voor meerprijs voor omhulling en voor aanvulling van de rioolbuizen - de eenheidsprijs bedraagt 10 euro /m in plaats van 0,10 euro/m. Ze merkt ook op dat ze “rekening houdend met de grondonderzoeken” de uitgegraven grond met toepassing van grondverbetering kan herbruiken als omhulling en aanvulling van de rioolbuizen.

5. De ontwerper stelt vervolgens een tweede deel van het verslag op met datum 17 december 2007. Blijkbaar wegens de voornoemde “tikfout” en de prijs van 0,10 euro/m van de NV De Waele Gebroeders wordt voorgesteld deze inschrijver als onregelmatige bidder te beschouwen, diens offerte te verwerpen en de opdracht toe te wijzen aan de THV NV Audoorn e.a.

6. Met een brief van 18 december 2007 schrijft de verzoekende partij aan de verwerende partij dat ze vernomen heeft dat de rangschikking gewijzigd is doordat er een korting zou afgerekend zijn bij de offerte van THV NV Audoorn e.a. waardoor in de rangschikking de verzoekende partij niet meer tweede doch derde zou staan. De verzoekende partij vraagt aan de verwerende partij onder meer een kopie van het verslag van nazicht van de inschrijvingen.

7. Op 19 december 2007 beslist het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij dat de opdracht toegewezen wordt aan de THV NV Audoorn e.a.. In die beslissing wordt melding gemaakt van de korting van 3% en wordt de volgende rangschikking opgegeven (in euro) :

1. NV De Waele Gebroeders	4.199.694,88
2. THV NV Audoorn, NV Wannijn en NV Vanden Buerie	4.503.544,69
3. NV Aclagro	4.521.464,29
4. NV Aswebo	4.647.644,64
5. NV Stadsbader	4.765.929,47
6. THV Vanden Berghe - Mols	4.955.865,01
7. NV Wegebo	4.989.080,02.

Melding wordt gemaakt van het prijsonderzoek bij de NV De Waele Gebroeders. De verwerende partij meent dat de offerte van die inschrijver onregelmatig is omdat deze erkent dat de eenheidsprijzen ad 0,10 euro/m een tikfout zouden zijn terwijl 10 euro /m zou zijn bedoeld.

Deze beslissing wordt aan de verzoekende partij ter kennis gebracht met een brief van 20 december 2007.

8. Op 20 december 2007 beslist het college van burgemeester en schepenen echter tot intrekking van de beslissing van 19 december 2007, beslissing ter kennis gebracht van de verzoekende partij met een brief van 20 december 2007. Er wordt verwezen naar de brief van de verzoekende partij van 18 december 2007 die op 20 december 2007 is toegekomen en voorts als volgt overwogen :

“ Overwegende dat uit nader onderzoek gebleken is dat de inschrijving van de laagste bieder THV NV Audoorn & Co-NV Wannijn - NV Vanden Buerie Jozef en Co mogelijks door onregelmatigheden aangetast zou kunnen zijn, nl. het vermelden van een korting van 3% op alle prijzen op de laatste bladzijde van het inschrijvingsformulier en niet bij de totaalprijs of op het einde van de meetstaat en de vermelding dat de gerechtigheden van de NV Audoorn & Co in de tijdelijke handelsvennootschap NV Audoorn & Co-NV Wannijn - NV Vanden Buerie Jozef en Co 100% bedraagt;

Overwegende dat hierdoor ons bestuur het risico loopt dat de wettigheid van het gunningsbesluit d.d. 19 december 2007 mogelijks kan aangevochten worden en zulks aanleiding kan geven tot een schadevergoeding van 10% van het inschrijvingsbedrag;

Overwegende dat het gunningsbesluit d.d. 19 december 2007 nog niet betekend werd en derhalve nog geen overeenkomst tot stand gekomen is met de laagste inschrijver THV NV Audoorn & Co-NV Wannijn - NV Vanden Buerie Jozef en Coen en nog geen rechten ten overstaan van derden zijn ontstaan;

Overwegende dat het raadzaam is juridisch advies in te winnen nopens bovenvermelde problematiek en de regelmatigheid van de offerte van de laagste bieder THV NV Audoorn & Co-NV Wannijn - NV Vanden Buerie Jozef en Co;

Overwegende dat het dan ook aangewezen is ons gunningsbeslissing d.d. 19 december 2007 waarbij de wegenis- en rioleringswerken N435 (module 13) toegewezen werden aan de THV NV Audoorn & Co-NV Wannijn - NV Vanden Buerie Jozef en Co, p.a. Gentssteenweg 28 te 9750 Zingem tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van € 4.503.544,69 incl. btw in te trekken om na het inwinnen van juridisch advies over de toewijzing van deze overheidsopdracht met voldoende kennis van zaken te kunnen beslissen;

Overwegende dat door het intrekken van het gunningsbesluit d.d. 19 december 2007 vermeden wordt dat deze beslissing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in kort geding zou kunnen aangevochten worden voor de Raad van State”.

Met brieven van 20 december 2007 worden de THV NV Audoorn e.a., de NV De Waele Gebroeders en de verzoekende partij in kennis gesteld van de intrekkingbeslissing.

9. Met een brief van 9 januari 2008 formuleert de raadsman van de verzoekende partij een aantal argumenten t.a.v. de verwerende partij om de twee

problemen die aan de offerte van de THV NV Audoorn e.a. zouden kleven, ernstig te bevinden.

10. Met een brief van 23 januari 2008 van de aanbestedende overheid aan de NV De Waele Gebroeders wordt teruggekomen op het antwoord van die onderneming vervat in de brief van 13 december 2007 en wordt als volgt opgemerkt :

“De beweerde vergissing komt evenwel voor in elk van de desbetreffende posten (31 keer in totaal). Behoudens indien daarvoor een logische verklaring voorhanden is, lijkt het meermaals voorkomen van dezelfde vergissing weinig waarschijnlijk. Wij danken u dan ook om ons desgevallend mee te delen welke de reden is voor het meermaals verkeerdelijk ingeven van de prijs € 0,10 €/m i.p.v. € 10/m.

In voormeld schrijven van 13 december 2007 deelt u ook mee dat de resterende aangehaalde eenheidsprijzen grondig werden nagezien en dat deze kunnen worden uitgevoerd conform de voorwaarden van het bestek. Gelieve de betreffende posten, vermeld in ons schrijven van 3 december 2007 gedetailleerd te verantwoorden teneinde te kunnen nagaan of deze eenheidsprijzen aanvaardbaar zijn”.

11. Met een brief van 1 februari 2008 merkt de NV De Waele Gebroeders op dat door het verkeerdelijk ingeven van één foutieve eenheidsprijs in post 212 in het rekenblad automatisch dezelfde materiële vergissing herhaald werd in de overige posten m.b.t. de grondverbetering - de meetstaat werd digitaal ingevuld onder de vorm van een rekenblad (spreadsheet - excel-formaat).

12. Er wordt een addendum opgesteld bij het aanbestedingsverslag met als datum 7 februari 2008. In dit verslag wordt aangenomen dat in de offerte De Waele de vermelding van 0,10 euro/ m een materiële vergissing is en dit in vergelijking tot de prijs van de andere inschrijvers en de marktprijs. De verantwoording voor de overige posten wordt aanvaard.

Het verslag eindigt als volgt :

“Op basis van bovenstaand bijkomend nazicht en analyse van de materiële fout en de analyse van de aanvullende prijsverantwoording mag gesteld worden dat de verbeterde laagste bieding als aanvaardbaar kan beschouwd worden. Er wordt voorgesteld de werken toe te wijzen aan De Waele Gebroeders voor een bedrag van 4.313.991,69 euro, incl. BTW”.

13. Op 13 februari 2008 besluit het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij met de hier bestreden beslissing goedkeuring te verlenen aan het gunningsvoorstel van de ontwerper waaruit blijkt dat de NV De Waele Gebroeders de laagste regelmatige inschrijver is en haar de opdracht

toe te wijzen voor een bedrag van 4.313.991,69 euro, BTW inbegrepen. Deze beslissing wordt met een brief van 13 februari 2007 aan de verzoekende partij ter kennis gebracht.

Na de beslissingen van 19 en 20 december 2007 in herinnering te hebben gebracht overweegt het college van burgemeester en schepenen in die beslissing hetgeen volgt :

“Overwegend dat daarop volgend bijkomend onderzoek is gedaan naar de regelmatigheid van de verschillende inschrijvingen;

Dat artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 de aanbestedende overheid ertoe verplicht om alvorens de opdracht te gunnen de kennelijke materiële fouten dient te verbeteren; dat de aanbestedende overheid in de voorkomend geval de werkelijke bedoeling van de inschrijver dient te achterhalen; dat de aanbestedende overheid hiervoor alle middelen kan aanwenden;

Dat, voorafgaand aan de regelmatigheid van de inschrijving van tijdelijke handelsvennootschap NV Audoorn & Co-NV Wannijn - NV Vanden Buverie Jozef en Co, in het licht hiervan inzonderheid diende te worden nagegaan of in het kader van de inschrijving van NV Gebroeders De Waele sprake was van een dergelijk kennelijk materiële fout waar voor de posten ‘meerprijs voor omhulling’ en ‘meerprijs voor aanvulling’ een prijs van 0,10 €/m werd opgegeven;

Overwegende dat de NV Gebroeders De Waele in zijn schrijven van 13 december 2007 stelt dat een tikfout gemaakt werd op de eenheidsprijzen voor ‘meerprijs van omhulling en aanvulling van de rioolbuizen’. Dat de kosten voor deze grondverbetering werden begroot op 114.000 € en dienden verrekend te worden in de posten ‘meerprijs voor omhulling’ en ‘meerprijs voor aanvulling’. Dat de totale hoeveelheid voor deze posten 11.400 m bedraagt. Dat de eenheidsprijs bijgevolg € 10/m bedraagt in plaats van € 0,10/m ($114.000 / 11.400 \text{ m} + 10 \text{ €/m}$);

Dat een dergelijke lage eenheidsprijs moeilijk anders kan geïnterpreteerd worden dan een materiële vergissing: dat dezelfde prijs van 0,10 €/m evenwel meermaals werd opgegeven in de inschrijving;

Dat, gelet op bovenstaande verplichting voor het bestuur om de kennelijke materiële fouten te verbeteren, beslist werd een bijkomend schrijven te richten aan de laagste inschrijver waarin wordt gesteld dat het meermaals voorkomen van eenzelfde vergissing weinig waarschijnlijk is behoudens indien daartoe een logische verklaring bestaat;

Gelet bijgevolg op het schrijven van 23 januari 2008 aan de NV Gebroeders De Waele waarin verduidelijking gevraagd wordt naar de reden voor het meermaals verkeerdelijk ingeven van de prijs € 0,10/m i.p.v. € 10/m; dat bovendien meer uitleg werd gevraagd inzake prijsverantwoording van de posten vermeld in het schrijven van 3 december 2007;

Gelet op het schrijven van 1 februari 2008 van de NV Gebroeders De Waele waarbij deze meedeelt dat het wel degelijk een éénmalige tikfout, betreft; dat het meermaals voorkomen van deze vergissing te wijten is aan de opbouw van het digitaal rekenblad; dat de cel van de eenheidsprijzen van alle posten m.b.t. aanvulling of omhulling van de sleuf gekoppeld werden aan de cel van de eenheidsprijs van post 212; dat in post 212 verkeerdelijk de eenheidsprijs € 0,10 i.p.v. € 10 werd ingegeven; dat door de opbouw van het rekenblad deze fout meerdere keren werd overgenomen;

Overwegende dat in het licht van alle omstandigheden en de verklaring van de inschrijver het college van burgemeester en schepenen van oordeel is dat er inderdaad sprake is van een kennelijk materiële fout in de zin van artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996; dat de opgave van 0,10 €/m een materiële vergissing is en de werkelijk bedoelde eenheidsprijs van € 10/m rekening houdende met de inschrijvingsprijzen van de andere inschrijvers een realistische prijs is;

Dat conform artikel 111 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 de aanbestedende overheid gehouden is deze materiële fout recht te zetten; dat aldus de inschrijving van de NV Gebroeders De Waele dient te worden verbeterd en de eenheidsprijs voor de posten 212, 216, 463, 464, 468, 469, 584, 585, 586, 590, 591, 593 en 594 van het hoofdstuk Ouwegemsesteenweg en de posten 227, 228, 232, 233, 235, 420, 424, 426, 539, 540, 541, 545, 547, 548, 549, 551, 552 en 554 van het hoofdstuk Kruishoutemsesteenweg aldus 10 €/m bedraagt;

Overwegende dat de prijsverantwoording van de overige posten vermeld in voornoemd schrijven aanvaard kan worden;

[...]

/ Afdeling III: Diversen: post 9: uitgravingen met verwijdering. De prijs van 13,50 euro is in vergelijking met de andere door De Waele Gebroeders vermelde posten en in vergelijking met de prijzen van de andere inschrijvers aanvaardbaar.

[...]

Overwegende dat de verbetering van de offerte van NV Gebroeders De Waele geen invloed heeft op de rangschikking en de NV Gebroeders De Waele de laagste regelmatige bieder is en blijft”.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

14. Krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

De middelen

Standpunt van de partijen

15. Wat de eerste voorwaarde betreft, voert de verzoekende partij de schending aan van onder meer artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur onder meer het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij betoogt daartoe dat de aanbestedende overheid de opdracht moet toewijzen aan de laagste regelmatige bieder waarbij een onregelmatigheid betreffende essentiële voorwaarden aanleiding geeft tot een verplicht weren en specificceert in een eerste onderdeel hetgeen volgt.

- De tussenkomen de partij hanteert een uitvoeringsmethode die niet conform is met de technische bepalingen van het bestek; voor 31 posten “meerprijs voor omhulling en aanvulling van de rioolbuizen” wordt door de tussenkomen de partij eenzelfde eenheidsprijs gegeven die niet varieert naargelang het volume; de verwerende partij heeft tijdens de voorgaande schorsingsprocedure beweerd dat dit kwam door een andere uitvoeringsmethode: de tussenkomen de partij zou hebben geopteerd om de uitgegraven grond te bewerken met een grondverbeteraar waardoor de diepte van de sleuf een kleinere rol speelt en bijkomend zou de tussenkomen de partij hebben geopteerd om haar prijs voor alle posten inzake omhulling en aanvulling op globale basis te bepalen en vervolgens uit te splitsen.
- De praktijk van het hergebruik van de aarde met grondverbeteraar is echter strijdig met het bestek wat omhulling betreft; enkel voor de aanvulling mag dit, niet voor de omhulling; het bestek voorziet enkel wat de aanvulling betreft in een variante; daarbij mag zand worden vervangen door geschikt gemaakte aanvullingsgrond; nochtans heeft de tussenkomen de partij in haar prijsverantwoording aangegeven dat zowel voor de aanvulling als voor de omhulling gebruik zal worden gemaakt van de uit te graven grond. De verwerende partij had deze offerte moeten weren wegens het hanteren van een niet besteksconforme uitvoering swijze.
- Zulks vloeit meer in het bijzonder voort uit het bijzonder bestek (blz. 31) vooreerst uit deel II, hoofdstuk II,- Algemene Bepalingen-, artikel 5.1.1., “Herbruik/geschikt-making van gronden”.

Dat artikel luidt onder meer als volgt :

“Alle mogelijke meerkosten (zoals [...])ingevolge het gebruik van herbruikgronden dienen in de prijs van de aanvulling te zijn begrepen. [...].

Noot 1 : Variante vervanging van zand III-6.2.2 door herbruik- of geschikt gemaakte aanvullingsgrond

De post ‘meerprijs voor de aanvulling met zand III-6.2.2 i.p.v. herbruikgrond’ wordt steeds in rekening gebracht, ook indien het zand III-6.2.2 wordt vervangen door herbruik- of geschikt gemaakte aanvullingsgrond (mits er voldaan is aan de bepalingen van art. II-5.1). Het toevoegen van hulpstoffen zoals kalk,... is een

last [...]die dient te zijn inbegrepen in de post van de aanvulling met zand III-6.2.2.”.

Voorts verwijst ze naar het bijzonder bestek (blz. 68), deel II, hoofdstuk VII, - “Rioleringen en afvoer van water”-, artikel 1.1.2.2. “Fundering en/of omhulling van de buizen”, waarin wordt bepaald :

“De omhulling van starre leidingen wordt uitgevoerd met zand II-6.2.2. indien de dekking boven de buis [groter of gelijk is] aan 60 cm en met zandcement vlg IX-1 indien de dekking boven de buis [kleiner is dan]60 cm”. Starre buizen zijn volgens artikel 1.1.2.D. alle betonbuizen en grèsbuizen.

16. De verwerende partij merkt op dat het “Standaardbestek 250 voor de wegenbouw” van de Vlaamse Gemeenschap, van toepassing verklaard in het bijzonder bestek, in de mogelijkheid voorziet dat zowel aanvullingen als omhullingen gebeuren met geschikt gemaakt aanvullingsmateriaal. In artikel IV-5 van het standaardbestek wordt bepaald wat geschikt aanvullingsmateriaal is namelijk de verbetering van de grond afkomstig van de uitgraving, met kalk of cement. Wanneer het bijzonder bestek ogenschijnlijk geschikt gemaakte grond voorbehoudt voor aanvulling en niet voor omhulling is dit een verkeerde lezing; er is door het bijzonder bestek geen beperking van de standaardbestek 250 -voorwaarden bedoeld. Ten andere, zo merkt verwerende partij op, zelfs al mocht het bijzonder bestek afwijken van het bestek 250 dan nog is het in de feiten irrelevant want uit de boorstaten blijkt dat de uit te graven grond zand is dat hergebruikt zal worden.

17. De tussenkomen de partij merkt op dat volgens het standaardbestek de omhulling en de aanvulling kunnen gebeuren met hergebruikte grond. Bij die methode is de arbeidskost zeer bepalend. De kwestieuze posten in de meetstaat bepalen zelf dat er een meerprijs is voor het vervangen van aanvullingsmateriaal door zand. De 31 posten zijn zeer vergelijkbaar nu zowel voor aanvullingen als voor omhullingen hergebruikgrond mogelijk is.

Bespreking van het middel

18. Het betrokken hergebruik van gronden voor de omhulling lijkt een vaststaand gegeven voor de tussenkomen de partij : ze maakte daar inderdaad gewag van in haar brief van 13 december 2007 en ze herhaalt dat in haar voorliggende tussenkomst; haar verdediging tegen de klacht dat dezelfde eenheidsprijzen niet mogelijk waren bestaat er overigens juist in te wijzen op het feit dat de homogeniteit

van die 31 posten eenzelfde arbeidsintensieve uitvoeringswijze met herbruikgrond veronderstelt.

19. Het bijzonder bestek voorziet wanneer het gaat over “aanvulling” (blz. 69) blijkbaar ook in de mogelijkheid van geschikt gemaakte gronden. Wat de voornoemde starre leidingen betreft lijkt het bijzonder bestek (blz. 68) echter de uitvoeringswijze van de “omhulling” te beperken tot zand of zandcement. Deze laatste bepaling is niet dezelfde als de overeenkomstige bepaling van artikel 1.1.2.2. uit het toepasselijke standaardbestek, die luidt :

“1.1.2.2. Fundering en/of omhulling van de buizen
[...] De omhulling omvat het aanbrengen en het verdichten van aanvullingsmateriaal of het geschikt gemaakt aanvullingsmateriaal volgens IV-5, zand- of zandcement op de fundering rond de buis”.

Wat het verschil tussen de bestekken betreft moet worden vastgesteld dat hoofdstuk VII van het bijzonder bestek specifiek handelt over hoe rioleringen en afvoer van water dienen te worden uitgevoerd; het standaardbestek 250 lijkt wat omhulling betreft niet, zoals het bijzonder bestek slechts zand of zandcement toe te staan. Het lijkt in de huidige stand van de procedure niet duidelijk of het werkelijk de bedoeling van de aanbestedende overheid was, in het bijzonder bestek af te wijken van het standaardbestek, dan wel of het bijzonder bestek slechts een onvolkomen doorslag is van het standaardbestek. Wat daar ook van zij, de verwerende partij lijkt deze discrepantie in elk geval niet in haar besluitvorming te hebben betrokken. De op het eerste gezicht tegenstrijdige deskundigenmeningen - enerzijds in een milieuhygiënisch en anderzijds in een geofysisch rapport - die de verzoekende en de verwerende partijen in het debat hebben gebracht betreffende de samenstelling van de ondergrond op het gebied van mogelijke herbruikbaarheid kunnen in de huidige stand van de procedure de ene of andere optie daaromtrent van de Raad van State niet helpen ondersteunen.

Uit hetgeen voorafgaat lijkt wel te kunnen worden afgeleid dat niet is aangetoond dat de verwerende partij voldoende zorgvuldigheid in acht genomen heeft bij het nemen van haar beslissing toen ze bij de vraag naar de abnormale prijs de uitleg van de tussenkommende partij aanvaardde dat deze herbruikgrond zou aanwenden voor omhulling terwijl zoals het nu lijkt dit allerm minst evident toegelaten lijkt door het bijzonder bestek en dit misschien zelfs technisch onmogelijk is door een gebrekkige kwaliteit van de te hergebruiken grond. De betrokken offerte had op dit punt dienen te worden onderzocht en beoordeeld, in voorkomend geval afgewezen

als onregelmatig wegens strijdigheid met het bestek. Het betrokken middelonderdeel is op dat punt ernstig en het zorgvuldigheidsbeginsel lijkt te zijn geschonden. Meteen lijkt ook niet vast te staan of terecht de gekozen offerte van de tussenkomen­de partij als een regelmatige offerte mocht worden aangemerkt wat de juiste toepassing van het in het middel vermelde artikel 15 onzeker maakt.

Het nadeel

Wat de tweede voorwaarde betreft, voert de verzoekende partij inzake het moeilijk te herstellen ernstig nadeel aan dat ze de opdracht in natura wil uitvoeren en dat de opdracht een aanzienlijk prestige zal meebrengen voor de verzoekende partij in de streek waar zij haar maatschappelijke zetel heeft. Ze wijst er op dat de opdracht met een waarde van meer dan vier miljoen euro in de buurt van de Europese drempel komt en dus financieel belangrijk is.

In tegenstelling tot hetgeen de tussenkomen­de partij betoogt, is aldus dit nadeel voldoende concreet omschreven en overigens in hoge mate evident zodat het als het rechtens vereiste nadeel mag worden aanvaard.

20. Aldus is voldaan aan de twee in het voormelde artikel 17 bepaalde voorwaarden die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing worden toegewezen.

Het voorwerp van de schorsing

21. Het nadeel van de verzoekende partij zoals het door haar is aangebracht wordt reeds geweerd door de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing om de opdracht aan de tussenkomen­de partij toe te wijzen.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV De Waele Gebroeders in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Zingem van 13 februari 2008 om aan de NV De Waele Gebroeders de opdracht toe te wijzen tot de aanleg van een fietspad langsheen de N435 letterlijk “Wegenis- en rioleringswerken N 435 (module 13)” voor een bedrag van 4.313.991,69 euro, BTW inbegrepen.

Artikel 3.

De vordering wordt voor het overige verworpen.

Artikel 4.

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

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vijf juni 2008, door :

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

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.