

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 190.928 van 26 februari 2009
in de zaak A. 191.239/XII-5696.**

In zake : de NV HYE WATERBOUW,
die woonplaats kiest bij
advocaten P. Flamey en J. Bosquet,
kantoor houdende te Antwerpen,
Jan van Rijswijcklaan 16

tegen :

de NV WATERWEGEN EN ZEEKANAAL,
publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe en L. Schellekens,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

tussenkommende partij :

de NV ROEGIERS & C/,
die woonplaats kiest bij
advocaten C. De Wolf en J. Timmermans,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Hye Waterbouw op 29 januari 2009 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “de beslissing van Waterwegen & Zeekanaal nv van ongekende datum waarbij de overheidsopdracht voor het uitvoeren van aannemingswerken voor de realisatie van de loskade Umicore te Hoboken naast de Zeeschelde Rechteroever werd toegewezen aan de firma Roegiers & C/ nv voor een bedrag van € 5.788.695,36 excl. BTW en dit volgens voorstel van toewijzing van 11 december 2008 conform het beoordelingsverslag inzake bestek BB 16EI/08/20 volgens een algemene offerteaanvraag voor aanneming van werken in het kader van het

Sigmaplan, zoals genotificeerd aan verzoekende partij bij aangetekende zending van 13 januari 2009 en telefax van 14 januari 2009”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 2 februari 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 24 februari 2009, om 10.00 uur;

Gezien het op 17 februari 2009 ingediende verzoekschrift waarbij de nv Pierre Roegiers & Co 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 advocaat J. Bosquet, die verschijnt voor verzoekende partij, van advocaat L. De Vuyst, die loco advocaten D. D'Hooghe en L. Schellekens verschijnt voor verwerende partij, en van advocaat J. Timmermans, die verschijnt voor tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur I. Vos;

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. De naamloze vennootschap van publiek recht Waterwegen en Zeekanaal, Afdeling Zeeschelde, schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een aanneming van werken betreffende de realisatie van het Sigmaplan ter hoogte van de loskade Umicore te Hoboken.

2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 22 september 2008 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 23 september 2008.

3. De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bijzonder bestek 16El/08/20. Het voorwerp van de opdracht wordt daarin als volgt omschreven :

“Het voorwerp van de opdracht is het verhogen en vernieuwen van de bestaande laad- en losinstallatie ter hoogte van de site van UMICORE aan de rechteroever van de Schelde te Hoboken. In het kader van het Sigmaplan is ophoging van de bestaande loskade UMICORE tot cota (+ 8,75) TAW noodzakelijk. De bestaande kaaimuur is verouderd en er zijn stabiliteitsproblemen. Het project heeft tot doel de bestaande laad- en losinstallatie UMICORE te verhogen tot op simahoogte en de kaaimuur te renoveren/vernieuwen”.

De opdracht is opgesplitst in vier deelcontracten. De eerste drie deelopdrachten betreffen het ontwerpen en bouwen van een loskade ter hoogte van de bestaande loskade Umicore. De vierde deelopdracht betreft de aanleg van nieuwe betonverharding, de bouw van nieuwe stockageboxen en de aanleg van nieuwe wegenis. De vergelijking en de evaluatie van de offertes gebeurt op grond van de totale offertesom.

Het bestek bepaalt dat de “nieuwe loskade bestaat uit een kaaiplateau van 261 m lang en 20 m breed, in gewapend beton en gefundeerd op buispalen aan de waterkant en een combiwand aan landzijde”. Voorts wordt bepaald dat de kaaimuur “over de bestaande loskade” wordt gebouwd en uit vijftien moten bestaat elk met een breedte van minimum 18, -m en maximum 20,-m en een lengte van 20, -m.

Voor deze drie deelopdrachten verklaart het bestek ook drie plannen van toepassing, met name het plan nr. C4/93 27 (inplantingsplan), het plan nr. C4/93 28 (planzicht en details) en het plan C4/93 29 (doorsneden en aanzichten). Een aantal plannen betreffende de bestaande Umicore Kade worden louter ten informele titel bijgevoegd.

4. Luidens het bestek is de opdracht voor wat betreft de deelcontracten 1, 2 en 3 aangegeven op de plans C4/93 28 en C4/93 29. Er wordt aldus aan de inschrijvers “een besteksontwerp aangeleverd dat verplicht moet worden uitgewerkt tot aanbiedingsontwerp”.

Het bestek vermeldt daarbij uitdrukkelijk -bladzijde 79- dat vrije varianten niet toegelaten zijn. Wel wordt aanvaard dat de inschrijver de postenlijst vervolledigt met die posten die hij nodig acht om de opdracht te realiseren volgens

de eisen opgenomen in dit bestek. De vereiste kwaliteit is deze beschreven in standaardbestek 230, aangevuld met de specificaties die opgenomen zijn in het bestek.

5. Het bestek bevat tevens de volgende bepaling omtrent de berekeningen :

“Het ontwerp gebeurt volgens de regels van de kunst, rekening houdend met onderstaande voorschriften.

De afmetingen, maten, peilen, voorzieningen, kwaliteiten, ...zoals op de plannen en in het bijzonder bestek uitdrukkelijk vermeld, zijn aan te houden. De zaken die niet bemaat zijn en/of waarvan de kwaliteit niet is vermeld, zijn te bepalen door de aannemer en ter goedkeuring voor te leggen aan de aanbestedende overheid”.

Inzake het type kaaimuur wordt nog het volgende gesteld :

“De bestaande kaaimuur is een hooggefundeerde kaaimuur op betonnen palen, met een damwand achteraan. Aan de waterzijde is deze constructie dus open. Deze kaaimuur wordt nu aangepast in het kader van het sigmaplan, door een kesp aan de 3 waterzijdes te realiseren tot niveau (+ 8.750) TAW, en een nieuwe betonplaat als loskade vanaf het peil (+ 7.959) en afwaterend naar landzijde toe. Er wordt een nieuwe buispalenrij aan waterzijde voorzien, een combiwand aan landzijde en damwanden aan de 2 ‘kopse’ kanten van de loskade. Ook in de nieuwe situatie blijft de kaaimuur dus open aan de waterzijde”.

Voorts bepaalt het bestek dat de inplanting dient te gebeuren op de plaatsen die in de plannen zijn aangegeven en in overeenstemming met de aanwijzingen van de aanbestedende overheid.

De inplanting van de buispalenrij aan de waterzijde is volgens het bestek als volgt bepaald :

“De helling van de bestaande palenrij aan de waterzijde is opgemeten in 2003. Deze helling is groter dan de initiële helling van deze palenrij als gevolg van de vervorming van de kaaimuur. De afstand tussen de nieuwe buispalenrij aan waterzijde en de bestaande palenrij aan waterzijde is vervolgens vastgesteld op 500 mm. Op deze manier werd de positie van het dagvlak van de kaaimuur bepaald, alsook de breedte (loodrecht op de richting van de vaargeul van de Schelde) van de loskade. De positie van het dagvlak van de kaaimuur wordt niet gewijzigd”.

Tevens wordt bepaald dat de stalen buispalen “princiepelijk [worden] voorzien zoals aangeduid op de plans”.

Het bestek lijkt de precieze afmetingen van de buispalen niet te beschrijven. Deze lijken ook op de plannen niet aangegeven.

6. De volgende gunningscriteria worden vastgelegd :
1. Het bedrag van de offerte (60 punten)
 2. De technische waarde van het ontwerp en de kwaliteit van de ingediende studie voor deelcontracten 2 en 3: bouw van een infrastructuur voor laad- en losinstallatie (30 punten)
 3. Aanpak van de werken (10 punten)
 - subcriterium 1: De globale aanpak van studie en realisatie van de werken (5 punten)
 - subcriterium 2: Transport via het water (5 punten).
7. De opening van de offertes vindt plaats op 18 november 2008. Drie offertes worden ontvangen, met name vanwege nv Hye, nv Herbosch-Kiere en nv P. Roegiers en C/.
8. In het beoordelingsverslag van 11 december 2008 wordt gesteld dat alle inschrijvers voldoen aan de selectievoorwaarden en dat alle offertes regelmatig zijn.

Na het nazicht van de rekenkundige bewerkingen en verbetering van de offertes is de rangschikking als volgt :

1. nv P. Roegiers & Co	5.788.695,36 euro
2. nv Hye	7.524.457,14 euro
3. nv Herbosch-Kiere	8.737.579,75 euro

9. Vervolgens worden de ingediende offertes vergeleken op grond van de gunningscriteria. Bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium, dat betrekking heeft op de technische waarde van het ontwerp en de kwaliteit van de ingediende studies voor deelcontracten 2 en 3 wordt onder meer het volgende opgemerkt :

“Alle inschrijvers voorzien een portiekstructuur over de bestaande kaaimuur heen, steunende op een buispalenrij aan de waterzijde en een combiwand aan de landzijde.

Hye voorziet alle 5.01 m buispalen 1524 mm x 16 mm tot niveau (- 30.00) aan de waterzijde en alle 4.01 m buispalen 1422 mm x 14 mm tot niveau (-25.00) aan de landzijde.

Herbosch-Kiere voorziet aan de waterzijde buispalen 1620 mm x 14 mm tot (- 31.00), alle 4,86 m en buispalen 1620mm x 14mm tot (-19.50) alle 4.35m in de standaardmoten en alle 3.01 in de zone met slakkenbox.

Roegiers voorziet buispalen 1067mm x 12 mm tot (-14.00) alle 6.67m aan de waterzijde van de bestaande kaaimuur. Aan de landzijde worden alle 5 meter buispalen 1420mm x 16 mm voorzien die aangezet worden op (-12.00) in de standaardmoten en op (-14.00) in de zone van de slakkenbox. Roegiers voorziet tussen de bestaande palen extra heipalen tot (-13.50)".

Uit de beoordeling van dit criterium blijkt verder onder meer dat de betonplaat in het voorstel van nv Hye en nv Herbosch-Kiere respectievelijk 1400 mm en 1250 mm dik is, terwijl de betonplaat in de offerte van Roegiers "slechts 400 mm" dik blijkt te zijn.

10. De beoordeling op grond van de gunningscriteria leidt tot het volgende puntentotaal:

- nv Hye:	80,16
- nv Herbosch -Kiere:	74,25
- nv P. Roegiers & Co:	90,50.

De beoordelingscommissie is van oordeel dat nv P. Roegiers & Co de meest voordelige regelmatige offerte heeft ingediend en stelt voor om de opdracht aan deze inschrijver toe te wijzen.

11. Vervolgens beslist de nv Waterwegen en Zeekanaal op ongekende datum om de opdracht toe te wijzen aan de nv P. Roegiers en C/ voor een bedrag van 5.788.695,36 euro, btw niet inbegrepen. Dit is de bestreden beslissing.

12. Bij brief van 13 januari 2009 en per fax van 14 januari 2009 deelt de nv Waterwegen en Zeekanaal aan verzoekende partij mee dat haar offerte niet werd gekozen en wordt tevens meegedeeld dat de nv Waterwegen en Zeekanaal een wachttermijn van 15 dagen zal in acht nemen tussen de mededeling en de betekening van de toewijzing aan de begunstigde.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

13. 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.

De eerste en derde voorwaarde

14. Wat de eerste en de derde in het voormelde artikel gestelde voorwaarden betreft, beroept verzoekende partij zich inzake het nadeel op de mogelijkheid om zelf de in het geding zijnde opdracht te kunnen uitvoeren, die zij door de gevraagde schorsing wil vrijwaren. Zij verwijst daarbij ook naar de hoge waarde van de opdracht en de referentiewaarde ervan. Voorts motiveert zij haar keuze voor de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid door te verwijzen naar het risico, dat de bestreden toewijzingsbeslissing aan de gekozen inschrijver zou worden betekend, uitgedrukt in de wachttermijn van 15 dagen waarvan in de voormelde brief van 13 januari 2009 gewag werd gemaakt.

Betreffende de eerste en derde voorwaarde gedragen zowel verwerende partij als tussenkomende partij zich naar de wijsheid van de Raad van State.

15. Door de betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing zou tussen de verwerende en tussenkomende partij een overeenkomst tot stand komen tengevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak, een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen. Het bestaan van die overeenkomst zou de betrachting van verzoekende partijen om zelf de opdracht nog uit te voeren, ernstig bemoeilijken en zou een mogelijk herstel in natura verder af brengen. Aldus moet worden aanvaard dat verzoekende partijen door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden toewijzingsbeslissing het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kunnen ondergaan mede gelet op de aard en de waarde van de in het geding zijnde opdracht.

Voorts, wegens de verplicht gestelde procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid overeenkomstig het voormelde artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, wordt te dezen aanvaard dat verzoekende partijen een beroep deden op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

De tweede voorwaarde - standpunt van partijen bij het middel

16. Wat de tweede voorwaarde betreft voert de verzoekende partij in een *enig middel* de schending aan van onder meer artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 89 juncto 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, en het gelijkheidsbeginsel.

Zij betoogt daartoe onder meer dat het basisconcept van het bestek vertrekt van de vaste positie van de buispalen en van een ontwerp waarbij de oude kaaimuur waarvan de stabiliteit is aangetast wordt omkapseld door een zogenaamde portiekstructuur bestaande uit twee rijen van zijdelingse buispalen die in de grond worden geheid, damplanken en een betonplaat bovenaan. Door te voorzien in bijkomende heipalen die doorheen de betonplaat van de bestaande kaaimuur worden geheid, ligt volgens verzoekende partij een volledig ander concept voor en een kwalitatief andere uitvoeringswijze dan deze voorgeschreven in het bestek: in de bestreden beslissing is aldus ten onrechte rekening gehouden met een offerte die door haar afwijkingen van de technische bepalingen van het bestek, en daarop een alternatief vormend, had dienen te worden geweerd als onregelmatig.

Te dezen kon de verwerende partij er ook niet aan voorbijgaan dat voormelde afwijkingen de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang brengen en zodoende een schending inhouden van het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers: door het afwijkende concept konden minder lange en minder omvangrijke buispalen en minder te bewapenen beton voor de minder dikke betonplaat worden gebruikt, waardoor volgens verzoekende partij in de offerte van tussenkomende partij een aanzienlijke besparing kon plaatsvinden wat betreft de benodigde materialen.

17. Verwerende partij wijst er in essentie op dat het basisontwerp door de inschrijvers binnen bepaalde grenzen nader kon worden uitgewerkt. Het ontwerp van tussenkomende partij bestaat er volgens verwerende partij in dat, naast het voorzien in de door het bestek vereiste buispalen aan waterzijde en combiwand aan landzijde, er tevens nog extra heipalen zijn toegevoegd. Aldus is tussenkomende partij volgens verwerende partij wel degelijk vertrokken vanuit de bepalingen van het

bestek, aangezien dit verplichtend voorzag in buispalen aan waterzijde en een combiwand aan landzijde, en heeft zij nog toegevoegd wat het bestek niet verplicht stelde, maar waar het wel ruimte voor openliet. Vanzelfsprekend vermelden de plannen niet wat niet verplicht was. Bovendien wordt het voorzien van een oplossing met meer dan twee steunpunten (de twee rijen buispalen) volgens het bestek ook expliciet mogelijk gemaakt, doordat in het bestek gewezen wordt op de mogelijkheid om de bestaande palen van de bestaande loskade voor 50 % aan te rekenen bij de berekening van het draagvermogen. Ook in het licht van het doel van de beoogde werken zou er geen reden zijn om het door tussenkomende partij voorgestelde concept te weigeren.

In ondergeschikte orde merkt verwerende partij op dat ook indien ervan zou worden uitgegaan dat de offerte van tussenkomende partij een afwijking vormde op het bestek, de besteksbepalingen inzake de buispalen geenszins als essentieel kunnen worden beschouwd. Te dezen zou essentieel zijn dat de te bouwen constructie beschikt over een voldoende draagvermogen, doch zou de wijze waarop hieraan wordt voldaan van ondergeschikt belang zijn.

18. Tussenkomende partij merkt op dat nergens in het bestek wordt vereist dat de te vernieuwen loskade uitsluitend gefundeerd dient te zijn op de buispalenrij aan de waterkant en een combiwand aan landzijde. Zij wijst er op dat het opschrift van artikel 12 van het bestek zowel verwijst naar betonnen palen als buispalen en dat deze bepaling ook uitdrukkelijk toelaat dat de bestaande betonnen palen nog als steun worden aangewend. Voorts bepaalden het bestek en de samenvattende opmetingsstaat volgens haar uitdrukkelijk dat de inschrijvers de samenvattende opmetingsstaat konden aanvullen met de posten noodzakelijk voor de uitvoering van de nieuwe loskade.

Beoordeling van de tweede voorwaarde

19. Tussenkomende partij heeft in haar offerte, naast de door het bestek vereiste buispalen aan waterzijde en combiwand aan landzijde, voorzien in bijkomende betonnen heipalen doorheen de bestaande kaaiconstructie.

20. 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, bepaalt :

“Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële bestekbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”.

Aldus maakt deze bepaling een onderscheid 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. 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, moet dan ook in concreto in elk geval afzonderlijk in het licht van het dossier worden beantwoord. Indien een offerte substantieel onregelmatig is, moet het bestuur die offerte buiten beschouwing moet laten. Terzake beschikt het niet over een discretionaire bevoegdheid. De vraag zelf of een afwijking substantieel is kan daarentegen wel tot diverse antwoorden leiden. Het is daarbij in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om te bepalen of de afwijking al dan niet een essentiële bestekbepaling betreft. Indien de offerte enkel relatieve onregelmatigheden bevat, is de aanbestedende overheid vrij 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.

21. Te dezen bepaalt het bestek dat de nieuwe loskade bestaat uit een kaaiplateau van 261 m lang en 20 m breed, in gewapend beton en gefundeerd op buispalen aan de waterkant en een combiwand aan landzijde. Voorts wordt bepaald dat de kaaimuur over de bestaande loskade wordt gebouwd, en dat de stalen buispalen “princiepief [worden] voorzien zoals aangeduid op de plans”.

Waar in het bestek verwezen wordt naar betonnen palen, lijkt dit, in tegenstelling tot hetgeen de tussenkommende partij betoogt, uitsluitend betrekking te hebben op de bestaande betonnen palen van de bestaande loskade die overeenkomstig artikel 12 van het bestek nog maximaal 50 % kunnen dragen van de nuttige belasting.

In de huidige stand van het geding moet worden vastgesteld dat het bestek aldus lijkt uit te gaan van stalen draagstructuren (stalen buispalen en combi-wand), eventueel gecombineerd met de bestaande betonnen palen van de bestaande loskade.

22. Een eerste vraag die rijst is of tussenkomende partij een besteksconforme offerte heeft ingediend. Verwerende partij lijkt daarvan in hoofdorde uit te gaan. Het bestek laat aan de inschrijvers in elk geval een zekere ruimte om het besteksontwerp verder uit te werken en zo komt het bijvoorbeeld de inschrijvers toe om de precieze afmetingen en de tussenafstanden van de stalen buispalen te bepalen en te beslissen of zij al dan niet gebruik wensen te maken van de beperkte draagkracht van de bestaande betonpalen van de bestaande loskade.

Uit de bepalingen van het bestek en de plannen lijkt evenwel nergens - op zijn minst niet duidelijk - te kunnen worden afgeleid dat ook de toevoeging van bijkomende betonnen heipalen tussen de bestaande betonpalen tot de toegestane uitvoeringswijzen behoorde.

De brede interpretatie van verwerende partij lijkt niet te verzoenen met het in het bestek opgenomen verbod van varianten. Dergelijk verbod verplichtte de inschrijvers immers tot een strikte lectuur van de bestekbepalingen. Het ontwerp van tussenkomende partij lijkt zich te ver te verwijderen van hetgeen de inschrijvers in het bestek mochten lezen. De verwerende partij haalt ten onrechte een argument uit de mogelijkheid, op de oude kaaiconstructie te steunen, om te beweren dat oplossingen met meer dan twee steunpunten toegestaan waren. Zij lijkt echter uit één in het bestek opgenomen en toegestane “variante” niet te mogen besluiten dat andere varianten mochten: daartegen verzet zich het principiële variantenverbod.

Het lijkt dat de inschrijving van tussenkomende partij van die aard was dat verwerende partij ze als niet-besteksconform had moeten weren. In ondergeschikte orde beweert verwerende partij wel dat, mocht de gekozen inschrijving afwijkend zijn, zulks dan geen essentiële bestekbepalingen betrof omdat enkel het draagvermogen van de constructie essentieel zou zijn, en niet de middelen om dit draagvermogen te bewerkstellingen. Hiertegen pleit echter het feit dat een verbod van varianten wel degelijk ook lijkt te moeten slaan op uitvoeringswijzen en voorts dat de voormelde afwijkende offerte een objectieve vergelijking van de inschrijvingen vrijwel onmogelijk lijkt te maken. Uit het beoordelingsverslag lijkt immers duidelijk te kunnen worden afgeleid dat tussenkomende partij in haar

technische oplossing in buispalen voorziet met een dunnere diameter die minder diep worden ingeheid dan bij de overige inschrijvers, evenals een dunnere betonplaat, zodat minder staal dient te worden aangewend, dit alles met een belangrijk prijsvoordeel tot gevolg, terwijl de prijs met 60 % het belangrijkste gunningscriterium uitmaakt. Het lijkt niet onaannemelijk dat indien nv Hye Waterbouw en nv Herbosch-Kiere hadden geweten dat verwerende partij ook genoeg zou nemen met de minder dure uitvoering met extra heipalen, ze eveneens voor dergelijke uitvoering hadden gekozen.

De opdracht lijkt dienvolgens toegewezen aan een inschrijver die geen regelmatige offerte indiende, terwijl verwerende partij deze had moeten weren of gelet op de onvergelykbaarheid van de offertes de procedure had kunnen herbeginnen met een duidelijker bestek.

Het voornoemde artikel 110, §2, lijkt door de bestreden toewijzings-beslissing geschonden. Het eerste middel is in zoverre ernstig.

23. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat is voldaan aan de voorwaarden gesteld in voornoemd artikel 17, die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de nv Pierre Roegiers & Co in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van nv Waterwegen & Zeekanaal waarbij “de algemene offerteaanvraag voor een aanneming van werken Zeeschelde RO Hoboken. Realisatie Sigmaplan ter hoogte van de loskade Umicore (bestek BB 16EI/08/20) wordt toegewezen aan nv P. Roegiers & Co voor een bedrag van

5.788.695,36 EUR (excl. BTW)” zoals meegedeeld aan nv Hye Waterbouw bij aangetekende zending van 13 januari 2009.

Artikel 3.

De uitspraak over de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt uitgesteld.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zesentwintig februari 2009, door :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	F. BONTINCK,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

D. VERBIEST.