

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 191.371 van 12 maart 2009
in de zaak A. 85.454/XII-2146.**

In zake : de NV ARALCO,
 geding hervat door de NV GENCO,
 die woonplaats kiest bij
 advocaat D. D'Hooghe,
 kantoor houdende te Brussel,
 Loksumstraat 25

tegen :

de STAD ANTWERPEN.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Aralco op 15 augustus 1999 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :

- “- de beslissing van de verwerende partij van 20 mei 1999 waarbij de verwerende partij terugkomt op haar beslissing van 30 december 1998 ingevolge waarvan de opdracht voor het leveren en verdelen van 2 percelen van telkens 5 miljoen GFT-zakken toegewezen wordt aan de verzoekende partij;
- de (impliciete) beslissing van de verwerende partij van dezelfde datum om geen gevolg te geven aan deze opdracht;
- de beslissing van de verwerende partij van dezelfde datum om tot heraanbesteding over te gaan”;

Gelet op het arrest nr. 83.788 van 2 december 1999 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting van het geding van 9 februari 2000 ingediend door de verzoekende partij;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens,

Gelet op de beschikking van 23 oktober 2001 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen, de laatste memorie van de verwerende partij en het verzoek tot voorzetting van de procedure door de gedinghervattende partij, de nv Genco;

Gelet op de beschikking van 29 oktober 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 2 december 2008;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat L. Schellekens, die loco advocaat D. D'Hooghe verschijnt voor verzoekende partij, en van advocaat J. Deridder, die loco advocaat Chr. Coen verschijnt voor verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

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. De verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor het leveren en verdelen van twee maal 5 miljoen GFT-zakken. De opdracht bestaat uit twee percelen.

Betreffende de gunningscriteria bepaalt het bestek nr. 1998/4260 :

“De gunning geschiedt aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte heeft ingediend, rekening houdend met de volgende gunningscriteria:

1. prijs : 60 punten
2. kwaliteit : 30 punten
3. sluiting : 10 punten”.

Inzake de kwaliteit van de GFT-zakken luidt het bestek als volgt :

“De zakken van perceel 1 en perceel 2 dienen voorzien [te zijn] van een ‘OK Compost’ en ‘VGS’ conformiteitsmerkteken.

Elke levering dient voorzien van een ‘OK-compost’ en ‘VGS’ geldig op het ogenblik van de levering.

Betreffend certificaat dient te worden aangebracht op elke geleverde partij.

[...]

Ongebruikt zijn de zakken minstens 4 maand houdbaar.

De zakken dienen, naargelang hun toepassing, te voldoen aan de laatste versies van de proevenprogramma's OK1, D9.

Deze programma's zijn te verkrijgen bij de diensten van :
AIB-Vinçotte Inter.

[...]

De zakken hebben een lichtgroene kleur gelijkmatig over heel de oppervlakte verdeeld en zijn voldoende doorzichtbaar (visuele controle van de inhoud mogelijk zonder de zak te openen).

[...]

De zakken zullen geen onaangename geur verspreiden ongebruikt of in gesloten toestand”.

Drie ondernemingen dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij en de nv Fardem Belgium.

Op 30 december 1998 besluit de verwerende partij om de opdracht toe te wijzen aan de verzoekende partij.

2. Met een fax van 13 januari 1999 deelt de nv Fardem Belgium aan de verwerende partij mee dat “Fardem Belgium nv tot op heden als enige houder is van het certificaat voor lichtgroen ingekleurde biodegradeerbare zakken”.

Met een brief van 9 april 1999 deelt de verzoekende partij aan de verwerende partij mee dat zij via de pers heeft vernomen dat de verwerende partij “eind december 1998 heeft beslist om de opdracht aan onze firma toe te wijzen”. De verzoekende partij uit haar verbazing omtrent het feit dat haar later is medegedeeld dat haar product niet deugdelijk zou zijn, wat zou moeten blijken uit testen die door leden van het bestuur zouden zijn uitgevoerd. Zij verwijst naar een vergadering van 24 maart 1999 met vertegenwoordigers van de verwerende partij en een vertegenwoordiger van de onderneming Novamont, een onderaannemer van de verzoekende partij, waarbij de klachten werden besproken. De verzoekende partij

stelt de verwerende partij tenslotte in gebreke om uitvoering te geven aan de beslissing van 30 december 1998.

De verwerende partij besluit op 20 mei 1999 om terug te komen op de toewijzingsbeslissing van 30 december 1998 en tot heraanbesteding over te gaan. Deze beslissing wordt als volgt gemotiveerd:

“Overwegende dat tijdens het verdere verloop van de procedure het stadsbestuur geconfronteerd werd met ingrijpende veranderingen, zowel inzake keuring van de zakken door A.I.B.-Vincotte als inzake wijzigingen bij de grondstoffenproductie door de fabrikanten, bevestigd door A.I.B.-Vincotte, waaruit blijkt dat de principes achter de vereiste ‘OK Compost’- en ‘VGS’ conformity marks die in het bestek werden gevraagd tengevolge van technische veranderingen grondig herbekeken zullen worden.

Overwegende dat de door de firma Aralco voorgestelde nieuwe zakken voor de stad Antwerpen een zeer onaangename geur verspreiden, wat volledig in strijd is met de bepalingen van het bestek. Vanwege de firma werd voorgesteld om perforaties in de verpakking aan te brengen om zo dit euvel te verhelpen. Dit is vanzelfsprekend een onaanvaardbare oplossing.

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat duidelijk blijkt dat er de laatste maanden betreffende de keuring en productie van GFT-zakken ingrijpende veranderingen zijn gebeurd, die op het ogenblik van de gunning niet gekend waren.

Overwegende dat deze nieuwe ontwikkelingen een directe impact hebben op de kwaliteit en de prijs van de GFT-zakken en dusdanig een weerslag hebben op het gebruik door de bevolking en het derhalve aangewezen is het heraanbesteding over te gaan”.

Met een brief van 31 mei 1999 vraagt de verzoekende partij de verwerende partij onder meer om een afschrift van de beslissing van 30 december 1998.

Bij aangetekend schrijven van 4 juni 1999 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat zij op 20 mei 1999 heeft beslist om terug te komen op haar beslissing van 30 december 1998 en dat tot heraanbesteding zal worden overgegaan.

Met een brief van 17 juni 1999 vraagt de verzoekende partij de gemotiveerde beslissing van 20 mei 1999. Deze wordt haar toegezonden op 24 juni 1999.

De gegrondheid van het beroep

3. De verzoekende partij steunt een *eerste middel* op de schending van “het verbod op de intrekking van een regelmatige rechtsverlenende administratieve rechtshandeling en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het rechtszekerheidsbeginsel”.

4. In haar memorie van wederantwoord gedraagt de verzoekende partij zich wat het eerste middel betreft “naar de wijsheid van [de] Raad”. Daaruit mag worden afgeleid dat zij niet meer aandringt op het middel. De Raad ziet dan ook geen reden waarom het middel dat in het tussenarrest nr. 87.788 niet ernstig werd bevonden thans gegrond zou zijn. Het middel wordt verworpen.

5. In een *tweede middel* voert de verzoekende partij de schending aan van “art. 18, 1^{ste} lid van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van de art. 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, van de materiële motiveringsplicht en de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel en het patere-legem-quem-ipse-fecisti-beginsel”. De verzoekende partij betoogt daartoe, onder verwijzing naar het voornoemd artikel 18, dat de beoordelingsvrijheid waarover de overheid overeenkomstig deze bepaling beschikt “geen afbreuk [doet] aan het beginsel dat de beslissing om geen gevolg te geven aan een opdracht en de gunningsprocedure te herbeginnen moet berusten op rechtsgeldige motieven”. De verzoekende partij stelt vast dat de door de verwerende partij aangevoerde motieven, namelijk enerzijds recente evoluties inzake keuring en productie met invloed op prijs en kwaliteit van de zakken en, anderzijds, tests die een aantal gebreken van de te leveren zakken aan het licht hebben gebracht, niet kunnen worden aanvaard.

6. In het auditorsverslag wordt dit middel ongegrond bevonden : de beide motieven kunnen elk afzonderlijk de bestreden intrekkingsbeslissing dragen; het motief betreffende de keuring blijkt correct gelet op de stukken van het dossier; hetzelfde geldt voor het tweede motief, betreffende de geur. De verzoekende partij betwist deze vaststellingen niet. Na kennisname van het auditorsverslag heeft de verzoekende partij immers enkel om de voortzetting van

de procedure gevraagd, en niet de gelegenheid benut die een laatste memorie biedt, om nog een andere visie op de beoordeling door het auditoraat weer te geven.

Ook de Raad van State ziet geen reden om de zienswijze van het auditoraat niet bij te vallen. Het middel, dat in het meervermelde tussenarrest niet ernstig werd bevonden, is ongegrond.

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

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 347,06 euro, komen ten laste van de nv Genco.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op twaalf maart 2009, 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.