

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 58.854 van 27 maart 1996
in de zaak A. 66.682/IV-15.420.**

In zake : de b.v.b.a. WASTE COLLECTION SYSTEMS,
die woonplaats kiest bij
Advocaten E. MONARD, P. CARLIER, R. CONINX,
L. LINDERS, K. GEELEN en M. SCHOTSMANS,
kantoor houdende te HASSELT,
Gouverneur Roppesingel 131

tegen :

de c.v.b.a. Intercommunale Vereniging
"Land van Aalst",
die woonplaats kiest bij
Advocaat M. SENELLE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Terhulpesteenweg 110.

tussenkomen de partij :

de n.v. PLASTIC OMNIUM,
die woonplaats kiest bij
Advocaat D. LINDEMANS,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Louizalaan 341, bus 8.

D E R A A D V A N S T A T E , I V e K A M E R ,

Gezien het verzoekschrift dat de besloten
vennootschap naar Nederlands recht
WASTE COLLECTION SYSTEMS (W.C.S.) op 2 december 1995
heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de
tenuitvoerlegging van :

- "1. de beslissing van het directiecomité van
de c.v.b.a. Intercommunale Vereniging
'Land van Aalst' van 5 juli 1995 waarbij werd
beslist verzoekende partij te weren als regelmatig
inschrijver.
2. de beslissing van het directiecomité van de
c.v.b.a. Intercommunale Vereniging 'Land van Aalst'
van 5 juli 1995 waarbij werd beslist de overheids-
opdracht tot leveren van containers voor G.F.T.-
inzameling toe te wijzen aan de n.v. PLASTIC OMNIUM.
3. de beslissing van de Raad van Bestuur van de
c.v.b.a. Intercommunale Vereniging 'Land van Aalst'

van 3 oktober 1995 waarbij de beslissing van het directiecomité van 5 juli 1995 tot toewijzing van de overheidsopdracht wordt bevestigd.";

Gelet op de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, inzonderheid op de artikelen 17 en 18;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door Auditeur J. STEVENS;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 30 januari 1996 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 20 februari 1996;

Gehoord het verslag van Staatsraad M.-R. BRACKE;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat K. GEELEN, die verschijnt voor de verzoekende partij, van Advocaat P. FLAMEY, die loco Advocaat M. SENELLE verschijnt voor de verwerende partij, en van Advocaat D. LINDEMANS, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur J. STEVENS;

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

1. Overwegende dat met een verzoekschrift van 26 december 1995 de n.v. PLASTIC OMNIUM, aan wie de opdracht werd toegewezen, vraagt om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen;

2. Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

2.1. Voor de aankoop van containers voor GFT-inzameling en bijhorende prestaties schrijft de verwerende partij een algemene offerteaanvraag uit.

2.2. De opdracht omvat in hoofdzaak, "verspreid over het ganse ILVA-werkingsgebied :

- een voorafgaande onderzoeks- en sensibilisatieronde aangaande de bedeling van GFT-containers;
- de levering en bedeling van GFT-inzamelcontainers voor 105.000 aansluitingen;
- de nazorg gedurende een periode van 10 jaar volgend op de levering omvattende permanente sensibilisatie, rapportering en vooral instandhouden en zo nodig aanvullen van het geheel der uitgezette containers;
- de terugname van de geleverde materialen voor recycling bij het beëindigen van het contract".

2.3. Wat de uitvoeringstermijn betreft, is onder meer bepaald dat de eerste levering verplicht vóór 29 februari 1996 voltooid dient te zijn en uit minstens 20.000 containers dient te bestaan en dat ten laatste op 31 december 1996 alle containers geleverd moeten zijn.

Artikel 44 van het bestek legt zes gunningscriteria vast, in afnemende volgorde van belangrijkheid, met bepaalde gewichtsfactoren.

De raming bedraagt voor deel 1 : levering containers 94.360.000 fr. en voor deel 2 : bijhorende prestaties 368.550.000 fr.

2.4. Tijdens de openingszitting worden door vier firma's offertes ingediend die na rekenkundig nazicht als volgt worden gerangschikt :

- b.v.b.a. W.C.S. BELGIUM : 315.437.487 fr.
- " : 325.410.137 fr. optie 2
- " : 330.515.887 fr. optie 1
- n.v. PLASTIC OMNIUM : 455.003.700 fr.
- n.v. OTTO BELGIUM : 536.579.700 fr.
- n.v. EUROPARTNERS : 549.998.700 fr.

2.5. Met een ter post aangetekende brief van 24 mei 1995 vraagt de verwerende partij aan de verzoe-
kende partij, met toepassing van artikel 25, § 2, van
het koninklijk besluit van 22 april 1977, om verantwoor-
ding van de prijzen voor 18 posten. Eveneens wordt aan
de drie overige inschrijvers om een verantwoording van
prijzen gevraagd.

Met een ter post aangetekende brief van
1 juni 1995 geeft de verzoekende partij haar verantwoor-
ding.

2.6. Op 30 juni 1995 wordt een uitgebreid onder-
zoeksverslag opgesteld, ondertekend door drie personen
namens de ILVA en door twee personen namens de OVAM.

Wat de inschrijving van de verzoekende
partij betreft worden na onderzoek van de gegeven
verantwoording de prijzen voor de posten 2.1.1. : groene
telefoonlijn aanloophase, 2.1.2. : vooronderzoek en
sensibilisatie en 2.3.1. : groene telefoonlijn uitloop-
fase als abnormaal beschouwd.

Geconcludeerd wordt :

"Het bestuur dient -als maatregel van behoorlijk
bestuur- een oordeel te vellen over de risico's en
garanties die een bepaalde inschrijver biedt en wat
het effect en het risico hiervan is voor het bestuur.

Vermits het hier ... gaat over een financieel on-
zekere inschrijver met één enkele persoon als verant-
woordelijke en dit voor een aanzienlijke prestatie
over een periode van tien jaar, houdt een overeen-
komst met deze firma te grote risico's in.

Daarenboven houdt deze inschrijving ... een onmiskenbare onregelmatigheid in door het indienen van een afwijkende meer voordelige boeteclausule".

Voorgesteld wordt de bieding van de b.v.b.a. W.C.S. BELGIUM niet te "weerhouden".

2.7. Het directiecomité van de verwerende partij besluit op 5 juli 1995, na kennisneming van het verslag opgesteld door de bijzondere beoordelingscommissie met afgevaardigden van de ILVA en van de OVAM en na te hebben vastgesteld dat twee biedingen, namelijk vanwege de b.v.b.a. W.C.S. BELGIUM en de n.v. EUROPARTNERS Corporation, onregelmatig zijn en dienen te worden geweerd, de opdracht toe te wijzen aan de tussenkomen de partij voor een totaal bedrag van 431.783.700 fr. (excl. B.T.W.).

2.8. Met een ter post aangetekende brief van 3 oktober 1995 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mede dat ingevolge de beslissing van het directiecomité van 5 juli 1995 de opdracht haar niet is toegewezen en dat haar inschrijving als onregelmatig werd beschouwd omdat er een afwijkende boeteclausule in opgenomen is waardoor de offerte een "verbintenisrechtelijk gebrek" vertoont en wegens als abnormaal beschouwde eenheids- of totale prijzen, zoals werd medegedeeld in het schrijven van 19 juni 1995.

Met laatstgenoemd schrijven was aan de verzoekende partij reeds medegedeeld dat de inschrijvingsprijzen voor de posten 2.1.1., 2.1.2. en 2.3.1. als abnormaal worden beschouwd daar zij manifest hoger liggen dan de opgestelde raming en de prijzen van de andere inschrijvers, zonder dat hiervoor evenredige meerprestaties worden geleverd.

2.9. Met een brief van 18 oktober 1995 vraagt de verzoekende partij om de gemotiveerde beslissing.

Met een brief van 26 oktober 1995 zendt de verwerende partij aan de verzoekende partij een uittreksel uit de notulen van het directiecomité van 5 juli 1995, bevestigd door de raad van bestuur op 3 oktober 1995.

3. Overwegende dat krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten akte of verordening kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden akte of verordening een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

3.1. Overwegende dat de verzoekende partij een eerste middel ontleent aan de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van artikel 44, laatste lid, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten doordat, eensdeels, uit de bestreden beslissing niet blijkt waarom prijzen van een andere inschrijver niet als abnormaal werden beschouwd of het eventueel abnormaal karakter ervan niet tot de onregelmatigheid van diens inschrijving heeft geleid, anderdeels, de verwerende partij er ten onrechte van is uitgegaan dat haar inschrijving niet regelmatig was wegens de opneming van een van het bestek afwijkende boeteclausule en het abnormaal karakter van de prijzen voor de posten 2.1.1., 2.1.2. en 2.3.1.; dat zij betoogt dat de door de fabrikant in zijn brief van 3 mei 1995 opgegeven boeteclausule een bijkomende garantie biedt aan het bestuur en geen afbreuk doet aan de boeteclausule zoals die door de verzoekende partij conform de besteksbepalingen werd onderschreven; dat wat het beweerd abnormaal karakter

van haar inschrijvingsprijzen voor evengenoemde posten betreft, zij vooreerst stelt niet in het bezit te zijn van de raming noch van de andere inschrijvingen, zodat zij niet kan nagaan of die prijzen inderdaad drastisch hoger liggen dan de prijzen van de raming en van de andere inschrijvingen, zij vervolgens betoogt dat zelfs zo die prijzen een abnormaal karakter zouden vertonen, die vaststelling in werkelijkheid niet tot het weren van haar inschrijving zou kunnen leiden, aangezien die posten niet als essentieel te beschouwen zijn, te meer daar de inschrijving van de tussenkomen partij 44 % hoger lag dan haar inschrijving;

3.2.1. Overwegende dat met een brief van 3 oktober 1995 de verzoekende partij in kennis werd gesteld dat haar inschrijving als onregelmatig werd geweerd, enerzijds, wegens het opnemen van een van het bestek afwijkende boeteclausule, anderzijds, wegens abnormale prijzen zoals medegedeeld in de brief van 19 juni 1995; dat in laatstgenoemde brief de posten werden gepreciseerd waarvoor een abnormaal geachte prijs werd opgegeven alsook de reden waarom die prijzen als abnormaal werden beschouwd; dat alzo de verzoekende partij op de hoogte werd gesteld van de motieven van onregelmatigverklaring van haar offerte; dat de formele motiveringsplicht niet inhoudt, zoals de verzoekende partij beweert, dat uit de beslissing zelf de motieven moeten blijken waarom prijzen van een andere inschrijver niet als abnormaal werden beschouwd of waarom het eventueel abnormaal karakter van die prijzen niet tot de onregelmatigheid van diens inschrijving heeft geleid; dat ten opzichte van de verzoekende partij het volstaat dat zij op de hoogte wordt gebracht van de motieven die tot de wering van haar inschrijving hebben geleid, zodat zij in staat is zich hiertegen te verzetten met de middelen die het recht haar verschaft; dat het middel in zoverre het gestoeld is op de schending van de formele motiveringsplicht niet ernstig is;

3.2.2.1. Overwegende dat artikel 48, § 3, "Boeten wegens laattijdige oplevering" van deel I - administratieve bepalingen van het bestek bepaalt :

"Ingeval de uitvoeringstermijn opgegeven bij de inschrijving niet werd nageleefd, wordt voor het aantal kalenderdagen vertraging een boete toegepast zoals aangegeven in artikel 48, § 3.

Hierin wordt echter punt 6. vervangen door :
het totaal bedrag der boeten wordt beperkt tot :

- a. 5% van het bedrag M van de goedgekeurde inschrijving voor zover het aantal kalenderdagen vertraging (n) kleiner is dan $\frac{2}{5}$ van N.
- b. 10% van het bedrag M indien de vertraging (n) gelijk is aan of groter dan $\frac{2}{5}$ van N.
- c. voorts zullen de bepalingen van artikel 48, § 4, systematisch worden toegepast ingeval de vertraging groter is dan $\frac{1}{2}$ N.

Deze boeten worden afzonderlijk toegepast voor het geheel der inschrijvingsbedragen van respectievelijk deel I en deel II van de opmetingsstaat. M en N slaan derhalve respectievelijk op de totale inschrijvingsbedragen en uitvoeringstermijnen voor delen I en II.

Deze bepalingen doen geen afbreuk aan de toepassing van de expliciete boetes voor laattijdige ingrepen tijdens de 'verzorgingsfaze' zoals vermeld sub 2.3.2.3., 2.3.2.5. en 2.3.2.6. van de technische bepaling hierna.";

dat sub 2.3.2.3., 2.3.2.5. en 2.3.2.6. van deel II - technische bepalingen van het bestek een boete van 10.000 fr. per dag en per container wordt opgelegd wanneer de onder die punten vastgelegde termijnen voor bedeling van nieuwe bijkomende containers, vervanging van gestolen of door beschadiging in onbruik geraakte containers en onderhoud en herstellingen van beschadigde of versleten onderdelen, niet zouden worden nageleefd;

3.2.2.2. Overwegende dat, wat de besteksbe­palingen inzake de boeten voor te late levering betreft, de offerte van de verzoekende partij telkens, dus zowel bij artikel 48, § 3, van deel I - administratieve bepalingen van het bestek, als bij de boeteclausules expliciet opgenomen onder de artikelen 2.3.2.3., 2.3.2.5. en 2.3.2.6. van deel II - technische bepalingen, uitdrukkelijk verwijst naar de bijlage 13 bij haar offerte,

zijnde de brief van 3 mei 1995 van haar leverancier, te weten de firma JCOPLASTIC; dat in die brief de leverancier schrijft :

"Hiermede verklaren wij de boeteclausule, zoals vermeld in uw bovengenoemd bestek en lastenboek, voor te late leveringen a.v. te accepteren :

- Per levering van 20.000 stuks
Binnen 90 dagen, na opdracht
- Voor vertragingen tot 24 dagen
5% van de aankoopprijs
- Voor vertragingen boven 24 dagen
10% van de aankoopprijs
- Voor vertragingen boven 30 dagen
In overeenstemming met het artikel 48.4";

dat door verwijzing naar die clausule, zonder enige verdere kommentaar, de verwerende partij er terecht kan van uitgaan dat de verzoekende partij de hiervoren overgeschreven clausule tot de hare heeft gemaakt;

Overwegende dat een vergelijking tussen beide clausules leert dat de clausule zoals bedongen door de leverancier van de verzoekende partij afwijkt van die van het bestek; dat met name het bestek de boete bepaalt op de levering van alle 105.000 containers terwijl blijkens de brief van 3 mei 1995 de boete wordt bepaald per levering van 20.000 containers, dat $2/5 N$ met de factor N van de in artikel 48, § 3, van de algemene aannemingsvoorwaarden vastgestelde boeteberekening gelijk aan 60 wel 24 bedraagt, doch dat de in het bestek opgelegde maximumboete 5% van het bedrag van de goedgekeurde aannemingssom bedraagt voor zover het aantal kalenderdagen vertraging kleiner is dan 24 en 10% voor zover het aantal kalenderdagen vertraging gelijk is aan of groter is dan 24 terwijl de door de leverancier aanvaarde maximumboete 5% van het bedrag van de goedgekeurde aannemingssom bedraagt voor zover het aantal kalenderdagen vertraging kleiner of gelijk is aan 24 dagen, hetgeen bij een vertraging van juist 24 dagen een verschil aan te betalen boete geeft van meer dan

15 miljoen frank; dat daarenboven de door de leverancier bedongen boeteclausule moet worden begrepen als dat de in de artikelen 2.3.2.3., 2.3.2.5. en 2.3.2.6. vastgestelde boetes van 10.000 fr. per dag en per container niet worden geaccepteerd;

3.2.2.3. Overwegende dat de afwijkende boeteclausule een niet te verwaarlozen afwijking inhoudt van een essentiële administratieve bepaling van het bestek met betrekking tot de sancties die zullen worden opgelegd in geval van het niet naleven van de overeengekomen uitvoeringstermijnen, van aard om de verzoekende partij in niet geringe mate te bevoordelen en de objectieve vergelijking van de inschrijvingen aan te tasten; dat in acht genomen het principe van de gelijkheid van de inschrijvers die onregelmatigheid op zich reeds een voldoende motief uitmaakte om de inschrijving van de verzoekende partij als onregelmatig te verwerpen; dat dienvolgens in de huidige stand van het geding de Raad van State geen aandacht lijkt te moeten besteden aan het tweede weringsmotief; dat het middel niet ernstig is;

3.3. Overwegende dat de verzoekende partij een tweede middel ontleent aan de schending van de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales waarin de bevoegdheden van de organen van de intercommunales worden bepaald, doordat de beslissing om haar inschrijving als onregelmatig te beschouwen enkel werd genomen door het directiecomité;

3.4. Overwegende dat het middel niet ernstig wordt bevonden alleen reeds omdat blijkt dat de bestreden beslissingen genomen door het directiecomité op 3 oktober 1995 werden bevestigd door de raad van bestuur van de verwerende partij;

3.5. Overwegende dat aangezien geen ernstige middelen werden aangevoerd, de vordering tot schorsing moet worden verworpen,

B E S L U I T :

Enig artikel.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zevenentwintig maart 1900 zesennegentig, door de IVe kamer, die was samengesteld uit :

de H.	J. BORRET,	kamervoorzitter,
Mevr.	M.-R. BRACKE,	staatsraad,
de H.	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
Mevr.	S. VAN AELST,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. VAN AELST.

J. BORRET.