

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 64.349 van 3 februari 1997
in de zaak A. 72.987/IV-16.486.**

In zake : de b.v.b.a. AELTERMAN,
die woonplaats kiest bij
Advocaat C. DE WOLF,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Tervurenlaan 268a

tegen :

het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de
Vlaamse regering,
dat woonplaats kiest bij
Advocaat K. RONSE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Louizalaan 523.

tussenkomen de partijen :

1. de n.v. Victor BUYCK Steel Construction,
2. de n.v. HERBOSCH-KIERE,
samen vormend de tijdelijke vereniging
Victor BUYCK - HERBOSCH-KIERE,
die woonplaats kiezen bij
Advocaten P. MARNEF en J.-P. VAN CUTSEM,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Louizalaan 137, bus 1.

DE VOORZITTER VAN DE IVe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de
b.v.b.a. AELTERMAN op 28 januari 1997 heeft ingediend om
de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te
vorderen van de tenuitvoerlegging van het besluit tot
toewijzing van de aannemingsopdracht bestaande uit het
vernieuwen van de benedendeuren der 16 m-sluizen te Olen
en te Kwaadmechelen op het Albertkanaal, alsook van de
beslissing waarbij zij wordt afgewezen voor die
opdracht;

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;

Gelet op de beschikking van 28 januari 1997 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 31 januari 1997, waarna de zaak tot de terechtzitting van 3 februari 1997 is uitgesteld;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter J. BORRET;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat C. DE WOLF, die verschijnt voor de verzoekende partij, van Advocaat K. RONSE, die verschijnt voor de verwerende partij, en van Advocaat P. MARNEF, die verschijnt voor de tussenkomende partijen;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur E. LANCKSWEERDT;

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

1. Overwegende dat de n.v. Victor BUYCK Steel Construction en de n.v. HERBOSCH-KIERE, samen vormend de tijdelijke vereniging Victor BUYCK - HERBOSCH-KIERE, met een verzoekschrift van 3 februari 1997 vragen om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen;

2. Overwegende dat voor de door verzoekster genoemde opdracht een openbare aanbesteding is gehouden; dat vier inschrijvers zich hebben aangemeld, de tussenkomende partijen met een prijs van 74.720.811 frank, verzoekster met een prijs van 96.160.812 frank, de twee

andere met een prijs van respectievelijk 102.040.846 frank en 115.095.611 frank; dat op 18 december 1996 de verwerende partij het werk heeft toegewezen aan de tussenkomende partijen;

3. Overwegende dat verzoekster als tweede annulatiemiddel de schending aanvoert van onder meer artikel 20, § 5, juncto artikel 25, § 2 en § 3, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;

Overwegende dat het ingeroepen artikel 20, § 5, bepaalt : "De eenheidsprijzen en de totale prijzen voor iedere post van de gemengde opdrachten moeten worden opgegeven met inachtneming van de betrekkelijke waarde van die post ten opzichte van het totale bedrag van de inschrijving; al de algemene en financiële onkosten alsmede de winsten moeten inzonderheid over de onderscheiden posten, in verhouding tot hun belangrijkheid worden verdeeld"; dat in het ingeroepen artikel 25, § 2, de procedure wordt geregeld die het bestuur moet volgen bij het nagaan of artikel 20, § 5, werd nageleefd; dat het ingeroepen artikel 25, § 3, wanneer het gaat om aanbestedingen voor werken waarvoor minstens vier inschrijvingen werden ingediend, het bestuur ertoe verplicht zulks na te gaan voor iedere inschrijving waarvan het bedrag 15 % onder het gemiddelde van de bedragen der ingediende inschrijvingen ligt;

Overwegende dat verzoekster stelt dat te dezen die verplichting bestond, dat, immers, er vier inschrijvingen waren ingediend, het gemiddelde 84.239.105 frank bedroeg en de door de tussenkomende partijen aangeboden prijs van 74.720.811 frank meer dan 15 % onder dat gemiddelde lag; dat zij concludeert dat de verwerende partij het bewijs dient te leveren dat zij de door de tussenkomende partijen aangeboden prijs op

zijn abnormaal karakter volledig en grondig heeft onderzocht;

3.1. Overwegende dat de verwerende partij antwoordt dat het volgens verzoekster geboden onderzoek heeft plaatsgehad; dat zij verwijst naar drie "adviezen";

3.2. Overwegende dat het eerste van die drie adviezen er een is van de afdeling Algemene Technische Ondersteuning van de verwerende partij; dat deze laat weten dat wegens een gebrek aan voldoende voorgaanden voortvloeiend uit de aard der werken, het haar niet mogelijk is de inschrijvingsprijzen te vergelijken met statistische eenheidsprijsmiddelen, dat een globaal advies op basis van een statistisch nazicht van de inschrijvingsprijzen van de laagste bieding dus uitgesloten is, dat zij bijgevolg de bevindingen van de buitenafdeling wenst te onderschrijven, evenals de bevindingen aangaande de verantwoordingen van het totaal inschrijvingsbedrag en het al dan niet toekennen van de werken aan de laagste bidder;

Overwegende dat dit "advies" moeilijk anders begrepen kan worden dan als een bekentenis van onmacht om advies uit te brengen, gevolgd door een zich nergens op gefundeerd aansluiten bij andermans adviezen;

Overwegende dat het tweede advies van de afdeling Metaalstructuren van de verwerende partij komt; dat deze laat weten dat de prijs van 53 frank per kilogram inderdaad scherp is gesteld, dat nochtans rekening houdend met de aard van de constructie (plaatwerk) deze prijs als aanvaardbaar beschouwd kan worden; dat de geviseerde prijs alleen post 1 van het bestek betreft, dat deze post een prijsverschil kan verklaren voor een dikke 8 miljoen frank, maar dat het totale prijsverschil tussen verzoekster en de tussenkomende

partijen ongeveer 21,5 miljoen frank bedraagt; dat het desbetreffende advies dus niet als bewijs van een volledig onderzoek kan worden beschouwd;

Overwegende dat het derde door de verwerende partij ingeroepen advies van de Inspectie van Financiën komt; dat deze haar akkoord betuigt met een voorstel van beslissing luidend als volgt : "Ondanks voor de laagste bieder de afwijkingen t.o.v. het gemiddelde en het gemiddelde volgens omzendbrief nr. 534-58 respectievelijk 22,97 % en 24,60 % bedragen, stel ik voor de opdracht toe te wijzen aan de laagste inschrijver voor een bedrag van 74.720.811 Bf."; dat aangezien noch dat voorstel noch het akkoord van de inspectie enige verantwoording verschaffen, dat derde advies niets bewijst;

3.3. Overwegende dat over de onvolledigheid van het onderzoek naar het abnormaal laag karakter van de prijs van de tussenkomende partijen, des te moeilijker heengestapt kan worden daar de raming voor de opdracht 104.375.224 frank bedroeg en daar ook binnen het bestuur ernstige twijfel bestond omtrent de prijs van de tussenkomende partijen, getuige daarvan de brief van 18 november 1996 van de directeur-ingenieur, gericht aan de afdeling Algemene Technische Ondersteuning met het oog op het inwinnen van advies, in welke brief hij, na de afwijkingen ten opzichte van de raming en ten opzichte van de gemiddelde prijs "abnormaal hoog" te hebben genoemd, schrijft : "De inschrijving van de tweede laagste, de n.v. AELTERMAN voor 96.160.812 Bf. lijkt mij realistischer en wijkt slechts 7,87 % af van de raming"; dat de hierboven ontlede adviezen hem bezwaarlijk van zijn twijfels hebben kunnen afhelpen;

3.4. Overwegende dat het tweede annulatiemiddel ernstig is;

4. Overwegende dat verzoekster betoogt dat het niet krijgen van de omstreden opdracht voor haar een moeilijk te herstellen ernstig nadeel is;

4.1. Overwegende dat een aannemer die meent onwettig geweerd te zijn voor een overheidsopdracht, het volle recht heeft herstel in natura te verkiezen boven een herstel bij equivalent; dat wanneer hij ter staving van een vordering tot schorsing dat recht doet gelden, er wel gegevens voorhanden kunnen zijn die zich verzetten tegen het door middel van een schorsing voldoen aan dat recht; dat te dezen van geen zodanige gegevens blijkt wordt gegeven; dat de voorwaarde omtrent het moeilijk te herstellen ernstig nadeel is vervuld;

5. Overwegende dat ook de voorwaarde omtrent de uiterst dringende noodzakelijkheid is vervuld; dat verzoekster terecht stelt dat een snelle schorsing van het toewijzingsbesluit het haar mogelijk maakt haar recht op herstel in natura te laten gelden;

6. Overwegende dat ter vrijwaring van verzoeksters belang het volstaat de toewijzingsbeslissing in haar uitvoering te schorsen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de n.v. Victor BUYCK Steel Construction en de n.v. HERBOSCH-KIERE in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de voorlopige schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 18 december 1996

van de Vlaamse regering houdende toewijzing van de opdracht, bestaande uit het vernieuwen van de beneden-deuren der 16 m-sluizen te Olen en te Kwaadmechelen op het Albertkanaal, aan de tijdelijke vereniging Victor BUYCK n.v. - HERBOSCH-KIERE n.v.

Artikel 3.

De zaak zal opnieuw worden opgeroepen op de openbare terechtzitting van 25 februari 1997, om 9.30 uur.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op drie februari 1900 zevenennegentig, door :

de H.	J. BORRET,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. VAN AELST,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. VAN AELST.

J. BORRET.