

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 74.402 van 23 juni 1998
in de zaak A. 77.717/XII-1098.**

In zake : 1. de n.v. DELTA THERMIC,
2. RUD OTTO MEYER KG, Vennootschap naar
Duits recht,
samen vormend de tijdelijke vereniging
DELTA THERMIC-ROM,
die woonplaats kiest bij
Advocaten X. LEURQUIN en L. VAN HOUT,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Sint-Bernardusstraat 98

tegen :

het Universitair Ziekenhuis Gent,
dat woonplaats kiest bij
Advocaat M. SENELLE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Terhulpesteenweg 110, bus 5.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de
n.v. DELTA THERMIC en RUD OTTO MEYER KG, Vennootschap
naar Duits recht, samen vormend de tijdelijke vereniging
DELTA THERMIC-ROM op 2 maart 1998 hebben ingediend om de
schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van "het
besluit van verwerende partij van onbekende datum
waarbij deze beslist heeft tot het stopzetten van de
procedure van openbare aanbesteding inzake de overheids-
opdracht Masterplan fase 1, lot 2 H.V.A.C. (bijzonder
bestek UZG/AGT/OA-12/1996) en dus beslist heeft deze
opdracht niet te gunnen aan verzoekende partijen,
alsmede van het daaruit voortvloeiend besluit van
verwerende partij waarbij deze beslist heeft tot het
heraanbesteden van deze opdracht en gebeurlijk beslist
heeft deze te gunnen aan een concurrerende onderneming";

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partijen de vernietiging vorderen van hetzelfde besluit;

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 15 mei 1998 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 2 juni 1998;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter J. BORRET;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat L. VAN HOUT, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en van Advocaat P. FLAMEY, die loco Advocaat M. SENELLE verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het andersluidend advies van Auditeur J. STEVENS;

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;

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

1.1. Bij de openbare aanbesteding die het Universitair Ziekenhuis Gent, verwerende partij, uitschrijft voor het "Masterplan, faze 1, lot 2 H.V.A.C." dienen de verzoekende partijen, een tijdelijke

vereniging vormend, de laagste offerte, ten bedrage van 228.242.358 fr., in.

1.2. Met een brief van 7 oktober 1997 vraagt de verwerende partij hun een verantwoording te verstrekken voor een lijst van posten uit de samenvattende opmeting die een relatief belangrijke afwijking in meer of in min vertonen ten opzichte van de gemiddelde eenheidsprijs der inschrijvers.

1.3. Met een brief van 17 oktober 1997 zenden verzoekende partijen hun prijsverantwoording.

1.4. Met een brief van 7 november 1997 vraagt verwerende partij, "aanvullend op" haar brief van 7 oktober 1997, een verantwoording van een lijst van "blijkbaar abnormaal lage eenheidsprijzen en totale prijzen".

1.5. Verzoekende partijen zenden met een brief van 18 november 1997 hun verantwoording.

1.6. Op 12 december 1997 komt de "Bouwcommissie-W.G.I." van de verwerende partij bijeen.

Het ingenieurbureau G. DERVEAUX geeft de volgende toelichting :

"Uit het technisch onderzoek blijkt duidelijk en ondubbelzinnig dat :

- a. de motivatie van de inschrijver (2 x) onvoldoende en vaag is
- b. de gecontroleerde, door de inschrijver gehanteerde eenheidsprijzen, te laag zijn
- c. de aangehaalde uurlonen van gespecialiseerde arbeiders te laag zijn (vooral volgens de Belgische normen)

Mede uit persoonlijke informatie-inwinning vanwege NV G. DERVEAUX via dhr. MICHIELSEN (Gedelegeerd Bestuurder bij de firma IMTECH - mede-participant van de tijdelijke vennootschap DELTA THERMIC-ROM) kan worden gesteld dat het bureau zich zorgen maakt over de technische capabiliteit van de betreffende

inschrijver (vooral de uitvoeringstermijnen zijn belangrijk).

Besluit

De NV G. DERVEAUX heeft de overtuiging dat de betreffende inschrijver T.V. DELTA THERMIC-ROM voor de inschrijvingsprijs de betreffende werken niet volgens de opgelegde normering en binnen het voorziene tijdsbestek kan uitvoeren".

Ir. P. BIEGHS, leidend ambtenaar, sluit zich aan bij het besluit van het ingenieursbureau "en ziet een toewijzing aan de 2de inschrijver als mogelijke oplossing". Hij wijst bovendien "op alle mogelijke vertragingen die betreffende inschrijver zou kunnen veroorzaken omwille van trapsgewijze voorstellingen van de te gebruiken toestellen".

De voorzitter van de werkgroep "legt herhaaldelijk de nadruk op volgende belangrijke punten :

- a. welke zijn de mogelijke risico's voor het UZ Gent?
- b. mogelijk verlies (+ 10 % claim)?
- c. welke zijn de controle-mogelijkheden en de kwaliteit van het lastenboek en van de opvolging der werken?".

De stuurgroep geeft bij monde van E. ENGELBRECHT, afgevaardigde bestuurder, de volgende toelichting :

"Gelet op het ontbreken van voldoende vertrouwen t.a.v. de betreffende inschrijver, mede gelet op het ontwijken van een mogelijke claimstelling, wordt door de Stuurgroep aan de vergadering voorgesteld een heraanbesteding in overweging te nemen".

De vergadering beslist

"na grondige bespreking ... tot heraanbesteding van Lot 2 HVAC met volgende specificaties :

- a. vraag (+ prijsvraag) aan NV G. DERVEAUX : dossier heraanbesteding
- b. heraanbesteding bevat volgende wijzigingen :
 - * administratieve bepalingen volgens de nieuwe wetgeving
 - * aanbrengen van de gekende correcties
 - * eventuele verstrakkingen m.b.t. de inhoud van de aanbesteding waar mogelijk".

1.7. Op 23 december 1997 beslist, namens de raad van bestuur, de afgevaardigde bestuurder, onder

verwijzing naar "verslag spoedzitting bouwcommissie W.G.I. dd. 12.12.1997", :

"Na kennisname van het advies van de werkgroep Gebouwen en Infrastructuur (in bijlage) met betrekking tot lot 2 HVCA fase 1 masterplan wordt het vermelde lot niet toegewezen en dient door AGT dadelijk de procedure tot heraanbesteding te worden opgestart. In het dossier dienen volgende wijzigingen te worden aangebracht :

- * administratieve bepalingen volgens de nieuwe wetgeving;
- * aanbrengen van de gekende correcties;
- * eventuele verstrakkingen m.b.t. de inhoud van de aanbesteding waar mogelijk".

1.8. Op 2 januari 1998 wordt een bericht van aankondiging van heraanbesteding van lot 2 in het Bulletin der Aanbesteding geplaatst.

1.9. Op 10 februari 1998 worden de inschrijvingen geopend. De verzoekende partijen blijken derde gerangschikt te zijn.

1.10. Met een brief van 20 februari 1998 vragen verzoekende partijen, onder verwijzing naar artikel 26 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten, de verwerende partij om mededeling van de motieven van de beslissing om de procedure te herbeginnen.

1.11. Met een brief van 27 februari 1998 antwoordt verwerende partij dat zij "geen gevolg geeft aan de aanbesteding".

2. 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. Overwegende dat verzoekende partijen hun enig annulatiemiddel als volgt formuleren :

"Het middel is afgeleid uit artikel 15 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Uit de schending van artikel 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitzonderlijke motivering van de bestuurshandelingen.

Uit de schending van de formele motiveringsplicht. Uit het onvoldoende karakter van de interne motieven.

En uit de afwezigheid van rechtsgeldige motieven en, van daaruit, uit de schending van het beginsel van gelijke behandeling.

Doordat de verwerende partij, zonder motief, en alleszins zonder afdoende motivering beslist de procedure van openbare heraanbesteding stop te zetten en te herbeginnen.

En doordat de verwerende partij, zonder rechtsgeldig motief, beslist om de opdracht niet te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver, beslist om te heraanbesteden zonder het Bijzonder Lastenboek beduidend te wijzigen en aldus aan mededingende ondernemingen een kans biedt om de opdracht vooralsnog in de wacht te slepen.

...";

3.1. Overwegende dat de vraag of op de onderhavige zaak de wet van 24 december 1993 toepasselijk was in het midden mag worden gelaten; dat, immers, de verplichting die het door verzoekende partijen geschonden genoemde artikel 15 van deze wet aan de overheid oplegt om, indien zij na aanbesteding beslist de opdracht toe te wijzen, deze toe te wijzen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend - dat deze verplichting teruggevonden wordt in artikel 12, § 1, van de wet van 14 juli 1976, die van kracht was vóór de wet van 24 december 1993 in werking trad;

Overwegende dat zowel artikel 15 van de wet van 24 december 1993 als artikel 12, § 1, van de wet van

14 juli 1976 aan het bestuur niet de onvoorwaardelijke verplichting opleggen na aanbesteding de opdracht aan de indiener van de laagste regelmatige offerte toe te wijzen; dat ze die verplichting maar opleggen voor het geval het bestuur besluit de opdracht toe te wijzen; dat in artikel 18 van de wet van 24 december 1993 en in artikel 15 van de wet van 14 juli 1976 de ontstentenis van de verplichting om na aanbesteding hoe dan ook de opdracht toe te wijzen wordt bevestigd; dat te dezen de verwerende partij heeft besloten om na de aanbesteding waarvoor verzoekende partijen als laagste inschrijvers gerangschikt waren, niet toe te wijzen en te heraanbesteden; dat de echte vraag dus is of die beslissing wettig is;

Overwegende dat derhalve, waar in het middel gebrek aan formele motivering en gebrek aan rechtsgeldige motieven worden aangevoerd, die onwettigheden maar zinvol betrokken kunnen worden op de beslissing om niet toe te wijzen en te heraanbesteden;

3.2. Overwegende dat naar uit de weergave van evengenoemde beslissing sub 1.7. blijkt, die beslissing formeel is gemotiveerd;

3.3. Overwegende echter dat andere vraag is wat de motieven waarop de kwestieuze beslissing is gebaseerd, precies zijn; dat in die beslissing verwezen wordt naar het "advies van de werkgroep Gebouwen en Infrastructuur in bijlage"; dat die bijlage in het administratief dossier niet voorkomt; dat indien moet worden aangenomen dat bedoeld is het verslag van de vergadering van 12 december 1997 van de "bouwcommissie W.G.I." -waarnaar de bestreden beslissing ook verwijst- aangemerkt moet worden dat in deze vergadering mekaar niet of niet volledig dekkende standpunten worden ingenomen door achtereenvolgens het ingenieursbureau G. DERVEAUX, de leidend ambtenaar, de

"voorzitter van de werkgroep", "de stuurgroep", waarna nog een "grondige bespreking" van "de vergadering" volgt; dat de duisterheid over wat nu precies de motieven zijn die de beslissende afgevaardigde bestuurder tot de zijne heeft gemaakt, nog toeneemt wanneer men in de nota die de verwerende partij in de procedure heeft ingediend, leest dat de heraanbesteding is "gestoeld op abnormaal lage eenheidsprijzen en de aangehaalde uurlonen van gespecialiseerde arbeiders eveneens te laag zijn" -argumenten terug te vinden in één van de voormelde standpunten, dat van het ingenieursbureau, een standpunt dat geen heraanbesteding kan verantwoorden, alleen een niet toewijzen aan de verzoekende partijen - en ook is gestoeld op het feit dat "in casu er eveneens belangrijke wijzigingen (werden) aangebracht aan het lastenboek die ten overvloede de beslissing heraan te besteden schragen" - een bewering die niet zomaar kan worden ondergebracht onder welk van de voormelde standpunten dan ook;

Overwegende dat de verwerende partij de kans heeft gekregen om alvast tegenover de verzoekende partij tot uiting te brengen door welke motieven ze zich naar haar eigen gevoelens heeft laten leiden om tot heraanbesteding te besluiten; dat die kans haar werd geboden toen de verzoekende partijen haar met hun brief van 20 februari 1998 vroegen hun "de motieven mede te delen waarom besloten werd de procedure te herbeginnen"; dat de verwerende partij met haar brief van 27 februari 1998 antwoordde dat zij "geen gevolg geeft aan de aanbesteding", met andere woorden niet antwoordde;

Overwegende dat deze schending van de door de verzoekende partijen ingeroepen formele-motiveringswet geen voor deze partijen schadelijk effect zou hebben wanneer de motieven van de bestreden beslissing om niet toe te wijzen, zo voor de hand liggend waren dat ze ook zonder dat ze hun formeel

zijn meegedeeld, de verzoekende partijen bekend zouden moeten zijn; dat die ontstentenis van schadelijk effect zich ook zou voordoen wanneer de motieven een zo onweersaanbare overtuigingskracht hadden dat niet valt in te zien, wat, indien de verzoekende partijen er kennis van hadden gehad, zij er zinvol hadden tegen kunnen inbrengen;

Overwegende dat te dezen noch het een noch het ander het geval is; dat zo bijvoorbeeld "het ontbreken van voldoende vertrouwen" niet eens serieus onderbouwd voorkomt wanneer men vaststelt dat voor twijfel aan de technische bekwaamheid van de verzoekende partijen steun wordt gezocht in informatie verschaft door "dhr. MICHIELSEN", over wie zelfs ter terechtzitting de verwerende partij niet vermag mee te delen in welke preciese hoedanigheid hij is opgetreden, ook niet nadat de verzoekende partijen formeel tegenspreken dat hij iets met hun tijdelijke vereniging te maken heeft, dat hij integendeel een vertegenwoordiger is van een concurrerende inschrijver;

Overwegende dat de blote zorg om de "10 % claim" te vermijden op zichzelf niet kan volstaan om tot heraanbesteding over te gaan, tenzij men de wet die deze aanspraak in het leven heeft geroepen, buiten werking wil stellen;

3.4. Overwegende dat het middel ernstig is;

4. Overwegende dat om hun moeilijk te herstellen ernstig nadeel te staven verzoekende partijen zich op hun recht op herstel in natura beroepen; dat behoudens tegenaanwijzingen het respect voor dat recht een schorsing wettigt; dat te dezen geen tegenaanwijzingen voorhanden zijn,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 23 december 1997 van de afgevaardigde-bestuurder van het Universitair Ziekenhuis Gent om lot 2 H.V.A.C. van het Masterplan, fase 1, niet toe te wijzen en tot heraanbesteding over te gaan.

Artikel 2.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op drieëntwintig juni 1900 achtennegentig, door :

de H.	J. BORRET,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. BORRET.