

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 83.788 van 2 december 1999
in de zaak A. 85.454/XII-2146.**

In zake : de NV ARALCO,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'HOOGHE en B. SCHUTYSER,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Henri Wafelaertsstraat 47-51

tegen :

de stad ANTWERPEN.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV ARALCO
op 15 juli 1999 heeft ingediend om de schorsing van de
tenuitvoerlegging 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 verzoekende partij;
- de (impliciete) beslissing van de verwerende partij van dezelfde datum om geen gevolg te geven aan deze opdracht;
- de beslissing van dezelfde datum om tot heraanbesteding over te gaan.";

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partij de vernietiging vordert van dezelfde beslissingen;

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 7 oktober 1999
waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 26 oktober
1999;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter
J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat
B. SCHUTYSER, die verschijnt voor de verzoekende partij,
en van advocaat Chr. COEN, die verschijnt voor de
verwerende partij;

Gehoord het eensluidend 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;

Over de gegevens van de zaak.

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

- 1.1. De verwerende partij schrijft een algemene
offerteaanvraag uit voor het leveren en verdelen van
2 x 5 miljoen GFT-zakken. De opdracht wordt geraamd op
71 miljoen fr. (BTW excl.). Volgens het op 25 juni 1998
door het college van burgemeester en schepenen goed-
gekeurde bestek nr. 1998/4260 zijn de gunningscriteria :
- prijs : 60 punten
 - kwaliteit : 30

- sluiting : 10

In het bestek is voorts o.a. bepaald :

"De zakken (...) dienen voorzien (te zijn) van een 'OK COMPOST' en 'VGS' conformiteitsmerkteken.

De zakken dienen, naargelang hun toepassing, te voldoen aan de laatste versies van de proeven-programma'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".

1.2. Drie offertes worden ingediend. De offerte van de firma SP Metal Belgium wordt niet geselecteerd, verzoekster en Fardem Belgium NV blijven over.

1.3. Op 30 december 1998 besluit het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen beide percelen toe te wijzen aan verzoekster, die telkens 98 punten behaalt, voor een totale prijs van 81.031.500 fr. (excl. BTW).

1.4. Met fax van 13 januari 1999 dient Fardem Belgium NV mede dat zij tot op heden als enige houder is van het certificaat voor lichtgroen ingekleurde biodegradeerbare zakken.

1.5. Op 2 maart 1999 verzoekt de verwerende partij de provinciegouverneur goedkeuring te hechten aan het besluit van 30 december 1998.

1.6. Met brief van 9 april 1999 deelt de verzoekende partij aan de verwerende partij mede dat haar gemeld is dat haar product niet deugdelijk zou zijn, wat zou blijken uit "tests" 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 firma Novamont, onderaannemer van verzoekster (Wentus Kunststoff is ook onderaannemer), om de klachten te bespreken en stelt de stad in gebreke om uitvoering te geven aan de beslissing van 30 december 1998.

1.7. Het college van burgemeester en schepenen beslist op 20 mei 1999 terug te komen op de toewijzing van 30 december 1998 en tot heraanbesteding over te gaan. De redenen die daarvoor worden opgegeven zijn de volgende :

"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 verspreidden, 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;"

1.8. Met brief van 31 mei 1999 vraagt verzoekster de verwerende partij onder meer de beslissing van 30 december 1998 over te zenden.

1.9. Met aangetekende brief van 4 juni 1999 deelt de verwerende partij aan verzoekster mede dat het college op 20 mei 1999 beslist heeft terug te komen op zijn beslissing van 30 december 1998 en dat tot een heraanbesteding zal worden overgegaan.

1.10. Met brief van 17 juni 1999 vraagt verzoekster de verwerende partij de gemotiveerde beslissing van 20 mei 1999 mede te delen, hetgeen gebeurt op 24 juni 1999;

Over de gegrondheid van de vordering.

2. Overwegende dat luidens 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 die de vernietiging van de aangevochten rechtshandeling kunnen verantwoorden worden aangevoerd en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging ervan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

2.1. Overwegende dat verzoekster in hoofddorde een eerste middel aanvoert, schending van het verbod op de intrekking van een regelmatige rechtsverlenende administratieve rechtshandeling en van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het rechtszekerheidsbeginsel; dat zij betoogt dat de beslissing van 30 december 1998 om de opdracht aan haar te gunnen voor haar rechten had doen ontstaan en dat de intrekking ervan niet door enige onregelmatigheid werd gemotiveerd;

2.1.1. Overwegende dat volgens artikel 18, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 betreffende de

overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, het volgen van een procedure tot gunning van een overheidsopdracht niet de verplichting inhoudt om de opdracht toe te wijzen en de aanbestedende overheid zowel kan afzien van het gunnen ervan als de procedure kan herbeginnen, desnoods op een andere wijze; dat uiteraard slechts kan worden afgezien van de gunning zolang deze niet is geschied; dat volgens artikel 117, eerste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, de opdracht is gegund wanneer aan de betrokken inschrijver kennis is gegeven van zijn offerte; dat derhalve de overheid tot op dat ogenblik van het gunnen van de opdracht kan afzien en dus ook haar reeds genomen beslissing om toe te wijzen kan intrekken zonder de rechten van de betrokken inschrijver te miskennen, aangezien deze pas ontstaan bij de kennisgeving; dat weliswaar haar beslissing om de procedure te beëindigen op in rechte en in feite aanvaardbare motieven gesteund zal moeten zijn, wat in het tweede middel ter sprake komt; dat in dat geval dan echter geen sprake is van schending van het principieel verbod een handeling die rechten heeft doen ontstaan in te trekken; dat in deze zaak de intrekking plaats heeft gehad vooraleer de toewijzingsbeslissing aan verzoekster ter kennis werd gebracht; dat het middel niet ernstig is;

2.2. Overwegende dat verzoekster in ondergeschikte orde een tweede middel aanvoert, schending van artikel 18, eerste lid, van de voornoemde wet van 24 december 1993, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van de materiële motiveringsplicht en van een aantal beginselen van behoorlijk bestuur; dat zij ter staving van dat middel, na er te hebben aan herinnerd dat de beslissing om een

procedure van gunning stop te zetten op rechtsgeldige motieven moet berusten, uiteenzet dat ter zake de door de verwerende partij aangevoerde motieven, te weten, enerzijds recente evoluties inzake keuring en productie, anderzijds tests welke een aantal gebreken van de te leveren zakken aan het licht zouden hebben gebracht, niet aanvaard kunnen worden;

Overwegende dat wat het eerste motief betreft verzoekster aanvoert dat het louter vooruitzicht dat er betere zakken op de markt komen niet de intrekking van een verleende opdracht rechtvaardigt omdat, zoals in nagenoeg elke sector, de technologie voortdurend verbetert en omdat aldus voorbij wordt gegaan aan de reden waarom een nieuwe offerteaanvraag werd uitgeschreven: de gebrekkige kwaliteit van de thans door Fardem Belgium NV geleverde zakken; dat volgens haar het bijstellen na afloop van de gunningsprocedure van de keuringsmethodes al evenmin een geldige reden kan vormen, daar deze regelmatig worden herzien en de zakken van verzoekster voldeden aan de meest recente versie van de proevenprogramma's op het tijdstip dat zij werden getest; dat tenslotte wat dat motief betreft verzoekster aanvoert dat de verwerende partij recent een opdracht voor het leveren van zg. "hondenpoepzakjes" van hetzelfde materiaal heeft uitgeschreven;

Overwegende dat wat de uit tests blijkende gebreken betreft, verzoekster vooreerst opmerkt dat eerst sprake was van scheuren en daarna van een onaangename geur; dat zij de noodzaak en de controleerbaarheid van de tests, blijkbaar a posteriori uitgevoerd op instigatie van Fardem Belgium NV, betwist en aanvoert dat het normaal is dat een biologisch afbreekbare zak bij gebruik een geur afscheidt die na enige tijd als "onaangenaam" kan worden ervaren; dat zij beklemtoont dat volgens de gestandaardiseerde tests de zakken

voldeden aan alle eisen en trouwens door andere besturen al worden gebruikt;

2.2.1. Overwegende dat de bestreden beslissing steunt op twee motieven die, indien zij rechtsgeldig zijn, elk afzonderlijk de beslissing kunnen dragen; dat het de Raad van State, zeker in een administratief kort geding, niet toekomt om bij zijn toetsing van die motieven de beoordeling van het bestuur over te doen;

Overwegende, wat het motief van de nieuwe ontwikkelingen betreft, dat enkel rekening kan worden gehouden met de motivering van de beslissing zelf en met de daaraan ten grondslag liggende gegevens, zoals de brieven van AIB-Vinçotte aan de verwerende partij, meer bepaald van 12 februari 1999; dat uit twee Engelstalige brieven - het mogen dan nog een soort circulaires zijn en ze mogen door een concurrent zijn doorgespeeld - inderdaad blijkt dat er veranderingen op til zijn, wat de keuring door die instantie en wat de grondstoffen-productie betreft; dat betere keuringsmethodes en nieuwe grondstoffen die in de nabije toekomst op de markt komen een rechtsgeldig motief kunnen vormen om een toewijzingsbesluit voor 10 miljoen huisvuilzakken, die door de bevolking gebruikt zullen worden, in te trekken; dat de omstandigheid dat de kwestieuze opdracht al was uitgeschreven omdat de zakken van de vorige levering, die nog niet was uitgeput, geen voldoening gaven, daar geen afbreuk aan doet en integendeel het motief versterkt; dat m.a.w. de aangevoerde motivering niet neerkwam op een gemeenplaats als "dat de technologie voortdurend verbetert"; dat het eerste motief van de bestreden beslissing als rechtsgeldig voorkomt;

Overwegende dat, wat het motief van de onaangename geur betreft, beweren dat met tijdens de gunningsprocedure aan het licht komende ongunstige vaststellingen helemaal geen rekening kan worden

gehouden neerkomt op een negeren van artikel 18, eerste lid, van de voormelde wet van 24 december 1993; dat uit een aanvullend stuk blijkt dat die onaangename geur vastgesteld zou zijn tijdens een vergadering op 24 maart 1999 op de dienst centrale aankoop en logistiek met vertegenwoordigers van de verzoekende partij; dat het feit zelf niet ernstig wordt betwist en verzoekster zelfs voorgesteld heeft om het te verhelpen door perforaties aan te brengen; dat prima facie het tweede motief eveneens rechtsgeldig lijkt; dat het tweede middel bijgevolg evenmin als ernstig kan worden beschouwd;

2.3. Overwegende dat de vaststelling dat geen der aangevoerde middelen ernstig is volstaat om de vordering te verwerpen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

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
terechtzing, op twee december 1900 negenenegentig,
door :

de H. J. DE BRABANDERE,
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. DE BRABANDERE.