

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 89.076 van 24 juli 2000
in de zaak A. 93.395/XII-2677.**

In zake : de NV HERBOSCH-KIERE,
die woonplaats kiest bij
advocaat bij het Hof van Cassatie J. VERBIST
en advocaat F. VAN NUFFEL,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Brederodestraat 13

tegen :

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

tussenkomen partij :

de BV VAN DEN BIGGELAAR AANNEMINGSBEDRIJF,
die woonplaats kiest bij
advocaat H. VAN PARYS,
kantoor houdende te MAARKEDAL,
Etikhovestraat 6.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de
NV HERBOSCH-KIERE op 10 juli 2000 heeft ingediend om bij
uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te
vorderen van de tenuitvoerlegging van :

- de beslissing van 23 juni 2000 van de Vlaamse minister
van Openbare Werken tot gunning aan het Aannemings-
bedrijf VAN DEN BIGGELAAR BV van de opdracht
betreffende het realiseren van een nieuwe oever-
verdediging langs het Albertkanaal op de linker- en
rechteroever tussen de eerste brug van Oelegem en de
duiker van de Grote Schijn;
- de beslissing waarbij die opdracht niet aan haar is
gegund;

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

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 11 juli 2000 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 18 juli 2000, om 15.00 uur;

Gehoord het verslag van staatsraad A. VANDENDRIESSCHE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat F. VAN NUFFEL, die verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat D. de JONGHE, die loco advocaat K. RONSE verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat C. DE WOLF, die loco advocaat H. VAN PARYS verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord, wat het tweede voorwerp van de vordering betreft, het andersluidend advies van auditeur W. WEYMEERSCH;

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 BV AANNEMINGSBEDRIJF VAN DEN BIGGELAAR vraagt om in het geding te mogen tussenkomen; dat zij als begunstigde van het bestreden besluit er belang bij heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat het verzoek tot tussenkomst wordt ingewilligd;

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

Het Vlaamse Gewest heeft een openbare aanbesteding uitgeschreven voor "het realiseren van een nieuwe oeververdediging langs het Albertkanaal op linker- en rechteroever tussen de 1° brug van Oelegem en de duiker van de Grote Schijn". De voorwaarden zijn vastgelegd in het bestek nr. 16EJ/99-17.

Zes gegadigden schrijven in. De tussenkomende partij is met een bedrag van 523.518.600 BEF de laagste inschrijver. De verzoekende partij is met een bedrag van 533.519.553 BEF de tweede laagste.

Naar blijkt uit het administratief dossier stelt het bestuur zich na de opening der inschrijvingen vragen met betrekking tot de inschrijvingen voor post 15 ("verwijderen van te saneren grond in overeenstemming met de resultaten van het milieutechnisch onderzoek"), aangezien geen concrete maatstaven ter zake waren vastgelegd en een offerte ter zake dan ook problematisch leek. De verzoekende partij heeft zelf onderzoek gedaan en heeft voor zichzelf uitgemaakt dat geen verontreinigde grond verwerkt moest worden maar dat er wel een uitzeving van steenpuin zou moeten gebeuren; op die basis heeft zij een prijs opgegeven. De tussenkomende partij heeft geen prijs vermeld; zij heeft verwezen naar een latere prijszetting in functie "van de vervuilingsgraad" die zal worden vastgesteld.

Na ter zake door de dienst aanbestedingen van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap geadviseerd te zijn de betreffende post 15 buiten de opdracht te houden, beslist de bevoegde minister met het thans bestreden besluit van 23 juni 2000, op grond van het motief dat de opdracht gegund kan worden zonder met (de inschrijvingen voor) de post 15 rekening te houden, de opdracht toe te wijzen aan de tussenkomende partij die met het laagste bod (523.639.600 BEF) het bod van de verzoekende partij (529.980.302 BEF) voorafgaat.

Met een 29 juni 2000 gedagtekende brief wordt de verzoekende partij ervan verwittigd dat haar offerte "niet werd uitgekozen". Aan de tussenkomende partij is, met verwijzing naar de mogelijke betwistingen bij de Raad van State, nog geen kennis gegeven van de toewijzingsbeslissing.

3.1. Overwegende dat de tussenkomende partij de vordering onontvankelijk acht wegens gebrek aan belang; dat zij van oordeel is dat de verzoekende partij voor de post 15 van de aanbesteding een prijs opgeeft die helemaal niet voldoet aan de voorwaarden van het bestek (d.w.z., "alle kosten verbonden aan de afvoer, het storten en/of laten verwerken (van vervuilde gronden)", alsmede de daarmee verbonden stortvergoedingen en heffingen), zodat de verwerende partij op grond van artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 die inschrijving in haar geheel als onregelmatig had moeten beschouwen;

3.2. Overwegende dat de bestreden beslissing betrekking heeft op de toewijzing van de opdracht 16EJ/99-17 met dien verstande dat voor alle inschrijvers abstractie gemaakt is van post 15; dat derhalve de tussenkomende partij in het niet-conform-zijn van de inschrijving van de verzoekende partij op dat buiten de inschrijving gehouden punt, geen grondslag kan vinden om de vordering globaal onontvankelijk te zien verklaren; dat de exceptie wel de vraag oproept naar het belang van de verzoekende partij bij het aanvoeren van het tweede middel, waarin zij zich verzet tegen de weglating van post 15, die zij als een -na de opening der inschrijvingen doorgevoerde- wijziging van het bestek kwalificeert, en waarin zij, daarop voortbouwend, het aanvaarden van de inschrijving van de tussenkomende partij op dat punt onregelmatig vindt;

4. Overwegende dat krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts bij hoogdringendheid tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de drie-voudige voorwaarde dat ernstige middelen worden aan-gevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden, dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen en dat de zaak hoogdringend moet worden afgedaan, d.w.z. dat een afhandeling van de zaak volgens de gewone schorsingsprocedure de realisatie van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet meer zal kunnen verhinderen;

5.1. Overwegende, wat de hoogdringendheid en het moeilijk te herstellen ernstig nadeel betreft, dat de verzoekende partij uiteenzet wat volgt: ter uitvoering van de EG-richtlijn van 21 december 1989 moet de Raad van State oog hebben voor de mogelijkheid om een rechts-herstel in natura mogelijk te maken; het toewijzings-besluit is nog niet betekend zodat, wanneer bij hoog-dringendheid de schorsing bevolen wordt, zij haar kansen gaaf houdt om de opdracht zelf in natura te kunnen uitvoeren; zij is de tweede laagste inschrijver en "maakt derhalve als laagste regelmatige inschrijver rechtstreeks aanspraak op de gunning van de werken"; het betreft voor haar een zeer belangrijke opdracht (het bedrag van de inschrijving beloopt een vierde van haar omzet; er is in het lopende jaar nog geen aanbesteding in de waterbouw voor aannemers van klasse 8 uitge-schreven) die ook een belangrijke bijkomende referentie oplevert; het beroep op de hoogdringendheid wordt verantwoord door haar ambitie om herstel in natura te krijgen met betrekking tot een overheidsopdracht waarin de toewijzingsbeslissing nog niet betekend is;

5.2. Overwegende dat de verwerende partij de problematiek van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel en van het hoogdringend karakter van de zaak onbesproken laat;

Overwegende dat de tussenkomende partij wijst op de algemeenheid van de uiteenzetting betreffende het nadeel en dat zij vaststelt dat de verzoekende partij "reeds in de maand maart 2000 op de hoogte (was) van het feit dat de opdracht zou worden gegund aan de tussenkomende partij, weze het onder voorbehoud van het nazicht van (haar) erkenning" terwijl zij ook reeds in maart wist dat de erkenning verkregen was;

5.3. Overwegende dat de vordering gericht is tegen een besluit dat op 23 juni 2000 getroffen is en waaromtrent op 29 juni 2000 aan de verzoekende partij een bericht gestuurd is; dat de verzoekende partij voldoende diligent opgetreden is; dat zij met haar vordering de weg wil vrijmaken om zelf de opdracht uit te voeren en dat de realisatie van die ambitie ernstig bemoeilijkt kan worden wanneer de zaak volgens de gewone schorsingsprocedure afgehandeld wordt; dat ook haar argumentatie over het nadeel dat zij ondergaat wanneer niet zij maar een ander de werken mag uitvoeren voldoende overtuigend is;

6.1. Overwegende dat de verzoekende partij in het eerste middel onder meer aanvoert dat de offerte van de tussenkomende partij onregelmatig is omdat voor post 51 van de opmetingsstaat rekening gehouden is met een materiaaldikte van 4 cm terwijl het bestek een dikte van 5 cm voorschrijft; dat, ondergeschikt, zij daaraan toevoegt dat het bestuur zelfs niet onderzocht heeft of over de door de tussenkomende partij voorgestelde afwijking van het bestek wel heengestapt kon worden; dat naar haar oordeel de verwerende partij daarmee tekortgekomen is aan de verplichtingen die op haar rustten

overeenkomstig artikel 110, § 2 juncto artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten, overeenkomstig de artikelen 2 en 3 van de formele motiveringswet en overeenkomstig het beginsel van de materiële motiveringsverplichting en het zorgvuldigheidsbeginsel;

6.2. Overwegende dat de verwerende partij te dien aanzien opmerkt dat de betreffende bestekvoorwaarde niet substantieel is en dat zij derhalve terecht mocht oordelen dat de offerte van de tussenkomen de partij zich kon inpassen in de gevraagde doelstellingen; dat de tussenkomen de partij stelt dat zij niet de bedoeling heeft gehad om af te wijken van het bestek en dat de bij haar offerte gevoegde bijlage waarin uiteengezet is dat zij voor post 51 rekening gehouden heeft met een materiaaldikte van 4 cm, niet kan worden gezien als een wijziging of een voorbehoud ten aanzien van de gestelde voorwaarden, maar alleen als een verduidelijking die per vergissing verwijst naar de materiaaldiktes die in Nederland gangbaar zijn en die, opgevat als een materiële vergissing, door het bestuur goed rechtgezet kan worden met de verplichting voor haarzelf om aan die wens van het bestuur te voldoen; dat zij er ook op wijst dat, wanneer de posten 50 en 51 van het bestek samen worden bekeken (zij heeft een onderlaag van 6 cm dikte in rekening gebracht), haar aanbod een laag voorziet die globaal 1 cm dikker is dan het bestek bepaalt, dat dus de vergissing die zij gemaakt heeft geen enkele invloed heeft op de offerte, maar alleen haarzelf in een nadelige positie heeft gebracht omdat haar prijs aldus 650.000 BEF duurder is geworden dan de voorgeschreven uitvoering;

6.3.1. Overwegende dat het bestek nr. 16EJ/99-17 (pag. 149) onder het hoofdstuk 2.2.6: 'afwerkingen wegenis' de volgende posten bevat :
post "49 : code 5315 (SB250)- steenslagfundering dikte 30 cm"

post "50 : code 6363 (SB250)- profileerlaag type AB-3C, granulaat 0/10"
post "51 : code 6711 (SB250)- top laag type AB-1A, granulaat 0/20";

Overwegende dat het bestek daarmee verwijst naar de normen vermeld in het standaardbestek nr. 250, dat formeel en zonder mogelijkheid van afwijking (punt B1, pag. 28 van het bestek) van toepassing is verklaard op de hier in betwisting zijnde opdracht;

Overwegende dat geen van de partijen betwist dat de norm 6711 van het standaardbestek nr. 250 bepaalt : "dikte E = 5 cm"; dat dus het bestek 16EJ/99-17 de inschrijvers verplicht de opdracht uit te voeren en in hun offerte rekening te houden met een top laagdikte van precies 5 cm; dat, door haar offerte te redigeren op basis van een top laag met een dikte van 4 cm, de tussenkomende partij zich niet geconformeerd heeft aan die norm en dus voor post 51 een inschrijving heeft gedaan die niet conform het bestek is; dat een inschrijving die niet voldoet aan de voorwaarden van het bestek onregelmatig is;

6.3.2. Overwegende dat artikel 110, § 2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 een inschrijving die een afwijking van de essentiële bepalingen van het bestek bevat zonder meer als nietig bestempelt; dat artikel 89 van hetzelfde besluit de technische specificaties opgenomen in het bestek tot een essentiële voorwaarde van de opdracht verheft; dat de vaststelling van de dikte van de afwerkingslaag der wegenis een technische specificatie is; dat aldus bekeken de onregelmatigheid die de tussenkomende partij bij het indienen van haar offerte heeft gemaakt haar volledige inschrijving lijkt te vitiëren;

6.3.3. Overwegende dat, indien de absolute nietigheid van de inschrijving die niet voldoet aan de technische specificaties van het bestek toch enigermate gerelativeerd kan worden wanneer de afwijking betrekking heeft op een minder belangrijk voorschrift of op een onbelangrijk aspect van de opdracht (zie D. D'HOOGE : De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten, 1997, nr. 1205 en 1428, met verwijzing naar rechtspraak), de logica van het systeem in dergelijk geval minstens vereist dat het bestuur aangeeft welke redenen het tot een nuancering van zijn eerdere voorschriften hebben gebracht en op welke wijze het in die situatie toch een correcte vergelijking van de verschillende inschrijvingen heeft kunnen realiseren, meer bepaald met de inschrijvers die zich wel degelijk gehouden hebben aan de strikte voorwaarden van het bestek; dat in dit geval noch het bestreden besluit, noch het administratief dossier die beredenering bevat;

Overwegende dat de uiteenzetting van de tussenkomende partij met betrekking tot de mogelijke samenlezing van de posten 50 en 51, waardoor haar standpunt als een materiële vergissing kan worden begrepen die de correcte uitvoering van de werken niet in de weg staat, niet wordt bijgevalen; dat in de eerste plaats vastgesteld wordt dat niet blijkt dat de verwerende partij op die redenering acht geslagen heeft bij de totstandkoming van haar beslissing; dat voorts, inhoudelijk, een inschrijving die berekend is op basis van een toplaagdikte van 4 cm terwijl het bestek formeel een dikte van 5 cm voorschrijft geen materiële vergissing is maar een inhoudelijke afwijking van de betreffende bestekbepaling; dat daarenboven, in de redenering die zij opzet om haar vergissing goed te praten, de tussenkomende partij andere posten van het bestek betreft waarbij dan de vraag rijst op welke wijze het bestuur nog wel in de mogelijkheid was om een

correcte vergelijking van de verschillende inschrijvingen in functie van de beoogde doelstelling te maken;

6.4. Overwegende, samenvattend, dat de tussenkomende partij voor post 51 een inschrijving heeft gedaan met inachtneming van een gegeven (toplaagdikte van 4 cm) dat formeel afwijkt van het duidelijk voorschrift van het bestek (vereiste toplaagdikte: 5 cm); dat die afwijking ten aanzien van de technische specificaties van het bestek haar inschrijving principieel nietig maakt; dat de verwerende partij op geen enkele wijze duidelijk maakt dat de onregelmatigheid die de tussenkomende partij begaan heeft betrekking heeft op een bijkomstig aspect van de opdracht; dat zij ook niet duidelijk maakt hoe de tussenkomende partij op basis van haar normen toch het gestelde doel (waarvoor het bestek een toplaag van 5 cm dikte voorschrijft) zal halen en hoe zij de verschillende inschrijvingen op dat vlak heeft kunnen vergelijken zonder de aannemers die zich wel naar de formele norm van het bestek gericht hebben te benadelen; dat in die zin het middel ernstig is;

7. Overwegende dat de voorwaarden vervuld zijn om de schorsing van de tenuitvoerlegging te bevelen van de beslissing van 23 juni 2000 om de opdracht toe te wijzen aan de tussenkomende partij;

8. Overwegende dat de schorsing van de gunningsbeslissing in hoofde van de verwerende partij de verplichting doet ontstaan om zich te onthouden van de betekening van het toewijzingsbesluit aan de tussenkomende partij; dat daarmee volledig tegemoetgekomen wordt aan de verzuchtingen die de verzoekende partij in haar uiteenzetting over het moeilijk te herstellen ernstig nadeel te berde brengt; dat om die reden, en los van de vraag of het dossier zoals het thans in het debat is gebracht voldoende elementen bevat die wijzen op de absolute verplichting voor de verwerende partij om de

opdracht aan de verzoekende partij te gunnen, de vordering tot schorsing van de impliciete weigering om de opdracht aan de verzoekende partij toe te wijzen wordt verworpen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de BV VAN DEN BIGGELAAR AANNEMINGSBEDRIJF in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 23 juni 2000 van de Vlaamse minister van Openbare Werken tot gunning aan het Aannemingsbedrijf VAN DEN BIGGELAAR BV van de opdracht betreffende het realiseren van een nieuwe oeververdediging langs het Albertkanaal op de linker- en rechteroever tussen de eerste brug van Oelegem en de duiker van de Grote Schijn.

Artikel 3.

De vordering wordt voor het overige verworpen.

Artikel 4.

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

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure, bepaald op vijfduizend frank, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vierentwintig juli 2000, door :

de H. A. VANDENDRIESSCHE,	s t a a t s r a a d ,
Mevr. S. VAN AELST,	wnd. kamervoorzitter, griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. VAN AELST.

A. VANDENDRIESSCHE.