

Nederlandse tekst (titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973).

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE

A R R E S T

Nr. 101.493 van 5 december 2001

A. 83.157/VI-15.027

In zake: **de NV ABATIR,**
die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. François COLLETTE, advocaat,
rue Notre Dame Débonnaire 16
7000 Bergen,

tegen:

het Waals Gewest, vertegenwoordigd door
zijn Regering.

DE RAAD VAN STATE, VIe KAMER,

Gezien het op 27 maart 1999 ingediende verzoekschrift, waarbij de NV ABATIR de Raad van State verzoekt om:

- "- de beslissing te vernietigen, waarbij de Minister van het Waals Gewest bevoegd voor het directoraat-generaal Natuurlijke Hulpbronnen en Leefmilieu de opdracht voor het optrekken van een gebouw dat grenst aan het CRIE, het voormalige Maison des Eleveurs te Mariemont, op 24 september 1998 aan de firma DELHALLE heeft gegund en de verzoekende partij door diezelfde beslissing heeft geweerd, hoewel ze de laagste inschrijver was,
- de verzoekende partij ervan akte te verlenen dat ze zich het recht voorbehoudt om een vergoeding te eisen voor de schade die haar door de handeling van de administratieve overheid is berokkend;
- de verwerende partij in de kosten te verwijzen";

Gezien de regelmatig uitgewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag van de heer NIHOUL, auditeur bij de Raad van State;

Gelet op de beschikking van 7 maart 2001, waarbij de neerlegging van het dossier en het verslag ter griffie wordt gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen en gezien de laatste memorie van de verzoekende partij;

Gelet op de beschikking van 6 november 2001, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij wordt bepaald dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 28 november 2001;

Gehoord het verslag van de heer HANSE, staatsraad;

Gehoord de opmerkingen van Mr. Martin JASPAR, loco Mr. François COLLETTE, advocaat, die voor de verzoekende partij verschijnt, en van Mr. Jean-Marie VAN DER MERSCH, advocaat, die voor de verwerende partij verschijnt;

Gehoord het eensluidend advies van de heer NIHOUL, auditeur;

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

Overwegende dat de volgende feiten dienstig zijn voor het onderzoek van het beroep:

1. Op 23 maart 1998 is de NV ABATIR bij notariële akte opgericht. Op 17 juni en 1 juli 1998 is de NV geregistreerd als aannemer, onder meer voor categorie 11 "algemene bouwactiviteiten".

Op 2 juli 1998 vraagt ze om te worden erkend in categorie D, klasse 2.

2. Nadat de verwerende partij besloten had om een gewestelijk centrum voor milieu-initiatie (C.R.I.E.) op te richten in het kader van Doelstelling nr. 1 Henegouwen, heeft ze de bouw gepland van een uitbreiding die grenst aan het vroegere Maison des Eleveurs te Mariemont, via een opdracht die zou worden gegund volgens de procedure van de openbare aanbesteding.

3. In het bestek dat op 5 juni 1998 is opgemaakt en op 8 juni 1998 door de Minister is goedgekeurd, staat onder meer het volgende:

" Art. 89. Indiening van de offertes.

·Opmaak/vorm en inhoud van de inschrijving.

De inschrijving is slechts geldig op voorwaarde dat:

- ze ondertekend is
- ze opgemaakt is volgens het daarvoor bestemde model van inschrijving
- volgende stukken erbij zijn gevoegd:
 - een correct ingevulde en eveneens ondertekende samenvattende opmetingsstaat
 - eventuele inlichtingen of gevraagde documenten - in de opmetingsstaat - die een bijlage van die staat moeten vormen
 - de stukken die hierna als minimum worden vereist (...) opgemaakt op standaardformulieren - of in elk geval op formulieren die speciaal daarvoor bestemd zijn - als bijlage bij het dossier "basis van de inschrijving"

·Stukken/bewijzen die bij de inschrijving moeten worden gevoegd.

Naast het inschrijvingsmodel, de samenvattende opmetingsstaat en de eventuele bijlagen erbij (zie hierboven) moeten op zijn minst en verplicht de volgende bewijzen bij de inschrijving worden gevoegd die het volgende voor echt verklaren/bewijzen:

- dat de onderneming in orde is met haar RSZ-verplichtingen
- dat de inschrijver voldoet aan de voorwaarden gesteld door de bouwheer, de aanbestedende overheid of de samenvattende opmetingsstaat uit het oogpunt van artikel 90, § 1, 3°. Erkenning categorie van de werkzaamheden en klasse van erkenning, in voorkomend geval.

Art. 90, § 3. Registratie categorie (volgens KB van 8-10-85)
(...)"

4. In de rubriek "Inlichtingen over de erkenning - documenten die de niet-erkende of onvoldoende erkende aannemer moet indienen" van de door de verzoekende partij ingediende inschrijving van 18 augustus 1998 heeft de verzoekende partij geen van de volgende vermeldingen doorgehaald: noch de vermelding dat ze de stukken heeft bijgevoegd die worden vereist krachtens het ministerieel besluit van 27 september 1991 betreffende de bij de aanvragen voor een erkenning, een voorlopige erkenning, een overdracht van erkenning of bij de beoordeling van de bewijzen vereist met toepassing van artikel 3, § 1, 2°, van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, voor te leggen documenten, en die aantonen dat ze aan de voorwaarden voor het verkrijgen van de vereiste erkenning voldoet, noch de vermelding dat ze een kopie heeft bijgevoegd van het door de Minister afgegeven bewijs dat een volledig dossier is ingediend overeenkomstig artikel 6 van het koninklijk besluit van 26 september 1991 tot vaststelling van de inwerkingtreding van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken.

De verzoekende partij heeft echter wel het volgende vermeld: "Op eenvoudig verzoek staat een kopie van het dossier betreffende de erkenning klasse 2 tot uw beschikking".

Bij die volgens het standaardmodel opgemaakte inschrijving is een nota van de verzoekende partij gevoegd, waarin meer bepaald het volgende staat:

" Opmerkingen 1/Erkenning: een volledig dossier voor erkenning klasse D2 is ingediend op 02-07-1998 (per aangetekende zending). Bijgaand vindt u een kopie ervan.
In principe zouden wij de erkenning moeten ontvangen voordat de opdracht wordt gegund. De erkenning zal u tijdig worden bezorgd (zie wet in dat verband).
Dit document moet evenwel als een eventuele aanvraag om afwijking worden beschouwd.
2/ (...)"

5. Op 18 augustus 1998 geeft de Directie Erkenning van aannemers van het Ministerie van Verkeer en Infrastructuur aan de verzoekende partij het bewijs af dat ze "een volledig dossier heeft ingediend met het oog op het verkrijgen van bepaalde erkenningen voor de uitvoering van openbare werken".

In haar memorie van wederantwoord van 5 oktober 1999 verduidelijkt de verzoekende partij dat ze dat bewijs nog niet bezat toen ze haar inschrijving indiende.

In haar laatste memorie van 11 april 2001 vermeldt de verzoekende partij echter dat "de gedelegeerd bestuurder van de verzoekende partij, de heer Daniel ROBERT, dat bewijs in werkelijkheid de dag zelf van de opening van de inschrijvingen heeft afgegeven aan de leidend ambtenaar, de heer GOBEAUX, die de aanbestedende overheid vertegenwoordigde" en dat ze "dat volledig uit het oog had verloren toen ze haar beroep instelde", wat wordt betwist door de verwerende partij die meer bepaald aanvoert dat daarvan geen gewag wordt gemaakt in het proces-verbaal tot opening van de inschrijvingen.

6. Op 19 augustus 1998, bij de opening van de inschrijvingen, worden twee offertes geteld:

- die van de verzoekende partij, voor een bedrag van 11.399.593 frank
- die van de BVBA DELHALLE, voor een bedrag van 12.616.678 frank.

In het gunningsverslag staat inzonderheid het volgende:

" (...)

3. Administratieve analyse van de inschrijvingen

1. Erkenning - D1 klasse 2

- Onderneming DELHALLE - D klasse 4 - bevestiging door de Directie Erkenning van aannemers.

- Onderneming ABATIR - erkenningsdossier ingediend op 2 juli 1998 bij de Directie Erkenning van aannemers.

De Erkenningscommissie komt op 8 september 1998 bijeen om de ingediende dossiers te onderzoeken. Het gegeven advies is niet-verbindend en de beslissing betreffende de toekenning van de erkenning zal worden genomen door de Minister van Ruimtelijke Ordening, Uitrusting en Vervoer van het Waals Gewest (termijn onbekend).

(...)

5. Rangschikking en voorstel tot goedkeuring

- Onderneming ABATIR: 11.386.635 frank
- Onderneming DELHALLE: 12.730.336 frank

Aangezien het erkenningsbewijs niet kan worden afgegeven voordat de inschrijving is goedgekeurd, wordt voorgesteld om de inschrijving van de onderneming DELHALLE voor het bedrag van 12.730.336 frank goed te keuren."

7. Op 24 september 1998 stemt de Inspectie van Financiën in met het voorstel tot goedkeuring van de inschrijving van de onderneming DELHALLE voor het bedrag van 12.730.336 frank, onder voorbehoud van de volgende opmerking:

" Het bestuur zal op het laatste ogenblik nagaan of de NV ABATIR reeds werkelijk erkend is (tot dusver is dat nog niet het geval)."

8. Op 1 oktober 1998 stelt het bestuur aan de Minister voor om de inschrijving van de BVBA DELHALLE goed te keuren.

9. In een faxbericht van 5 oktober 1998 bevestigt de Directie Erkenning van aannemers van het Ministerie van Verkeer en Infrastructuur aan de verwerende partij dat de NV ABATIR "tot dusver nog niet erkend is".

10. Volgens de vermelding onderaan de inschrijving van de firma DELHALLE keurt de Minister het bedrag van 12.730.336 frank op 6 oktober 1998 goed. Dat is de bestreden beslissing.

11. Bij brief van 19 oktober 1998 deelt de verwerende partij aan de BVBA DELHALLE mee dat haar inschrijving is goedgekeurd.

12. In een brief van 4 december 1998, die gericht is aan de verwerende partij, bezorgt de verzoekende partij haar een getuigschrift van erkenning voor categorie D, klasse 2.

13. Op 6 januari 1999 vraagt de verzoekende partij aan de verwerende partij welk gevolg aan haar offerte is gegeven.

14. Bij brief van 26 februari 1999 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat de opdracht op 24 september (sic) aan de firma DELHALLE is gegund en dat na onderzoek is gebleken dat ze op die datum niet erkend was.

Overwegende, ambtshalve, dat het beroep, voorzover daarin aan de Raad van State wordt gevraagd om de verzoekende partij ervan akte te verlenen dat ze zich het recht voorbehoudt om een vergoeding te eisen voor de schade die haar door de hier aangevochten akte van de administratieve overheid is berokkend, niet-ontvankelijk is, aangezien de Raad van State helemaal niet bevoegd is daaromtrent;

Overwegende dat de verzoekende partij een enig middel ontleent "aan schending van de wets- en verordeningsbepalingen betreffende overheidsopdrachten"; dat ze aanvoert dat "de verwerende partij haar bevoegdheid heeft overschreden door de opdracht aan een andere onderneming te gunnen, louter op basis van de vaststelling dat de verzoekende partij niet erkend was, zonder acht te slaan op het bewijs of het bewijsaanbod van de verzoekende partij dat ze voldeed aan de voorwaarden die door of krachtens de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken worden opgelegd, en zonder het Ministerie van Verkeer en Infrastructuur om uitleg te vragen omtrent zijn beslissing dat de genoemde erkenningsvoorwaarden werkelijk vervuld waren";

Overwegende dat de verwerende partij in hoofdzaak antwoordt dat de verzoekende partij aan de Minister die de opdracht organiseert, niet heeft bewezen dat ze de erkenningsvoorwaarden vervulde, maar alleen de inventaris heeft bezorgd van het dossier dat met het oog op de erkenning was ingediend en dat ze zich ertoe beperkt heeft in haar inschrijving te vermelden dat "een kopie van het dossier betreffende de erkenning klasse 2 op eenvoudig verzoek tot uw beschikking staat";

Overwegende dat de verzoekende partij in haar laatste memorie nogmaals opmerkt dat het materieel onmogelijk was om bij haar inschrijving te voegen, hetzij het bewijs bedoeld in artikel 3, § 1, 2°, van de genoemde wet van 20 maart 1991, aangezien de originele bewijsstukken op 2 juli 1998 aan de gewestregering waren toegezonden, hetzij het bewijs dat ze een volledig dossier had

ingediend, een bewijs dat nog niet in haar bezit was; dat de verzoekende partij, die als argument aanvoert dat de auditeur in zijn verslag vaststelt dat het bewijs dat een volledig dossier is ingediend met het oog op het verkrijgen van de erkenning, zich als bijlage bij de offerte in het administratief dossier bevindt, evenwel betoogt dat dat bewijs in casu wel bij de inschrijving is gevoegd en dat, als de aanbestedende overheid het bewijs bij de offerte heeft gevoegd, dat betekent dat zij de laattijdige indiening ervan erkend heeft en dat, als zij die laattijdige indiening heeft erkend, zij de procedure genoemd in artikel 6 van de vermelde wet van 20 maart 1991 niet meer achterwege kon laten; dat ze het middel derhalve opnieuw formuleert waar ze aanvoert dat de verwerende partij, die het bewijs had gekregen dat een volledig dossier was ingediend en die dat bewijs bij haar offerte had gevoegd, de opdracht niet meer kon gunnen zonder te wachten totdat de minister overeenkomstig artikel 6 van de genoemde wet en na advies van de Commissie, had beslist dat de verzoekende partij aan de erkenningsvoorwaarden voldeed; dat ze van oordeel is dat de verwerende partij, door niet te wachten totdat de gewestregering, na het advies van de Commissie, had beslist dat de erkenningsvoorwaarden waren vervuld, is ingegaan tegen het beginsel dat alle inschrijvers gelijk moeten worden behandeld;

Overwegende dat de verzoekende partij, die de omstreden opdracht had willen krijgen hoewel ze daar geen erkenning voor bezat, krachtens artikel 3, § 1, 2°, van de genoemde wet van 20 maart 1991 moest bewijzen dat ze aan de voorwaarden van de genoemde wet voldeed; dat de bewijsstukken krachtens artikel 6 van die wet op verzoek van de verwerende partij eerst hadden moeten worden ingediend bij de Commissie zodat deze advies kon uitbrengen en daarna bij de gewestregering, zodat deze een beslissing kon nemen; dat die bewijsstukken krachtens artikel 8 van het genoemde koninklijk besluit van 26 september 1991 bij de inschrijving moesten worden gevoegd; dat dit des te meer gold daar in de voormelde bepalingen van het bestek stond dat "de offerte slechts geldig was" als "op zijn minst en verplicht" aan die bepalingen was voldaan;

Overwegende dat de verzoekende partij, die bij haar inschrijving noch het erkenningsgetuigschrift heeft gevoegd, noch het bewijs dat met het oog op een erkenning een volledig dossier is ingediend, in het onderhavige geval uit eigen beweging, zoals overigens op het door haar in te vullen standaardformulier van de inschrijving vermeld stond, bij de inschrijving de stukken had moeten voegen waaruit bleek dat ze aan de erkenningsvoorwaarden voldoet; dat ze zich niet ertoe kon beperken in haar offerte te vermelden dat die stukken ter beschikking stonden van de verwerende partij; dat artikel 20, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en

diensten en de concessies voor openbare werken bepaalt dat de aanbestedende overheid contact mag opnemen met de inschrijvers, maar alleen om de inschrijvers de gelegenheid te geven om de reeds ingediende bewijzen en stukken aan te vullen of toe te lichten, maar niet om een leemte aan te vullen waarover in het bestek uitdrukkelijk staat dat ze tot een ongeldige offerte leidt; dat het hoe dan ook gaat om een mogelijkheid die aan de aanbestedende overheid wordt geboden en niet om een verplichting die haar wordt opgelegd; dat, als de verwerende partij de verzoekende partij had verzocht om de ontbrekende bewijsstukken in te dienen, haar had kunnen worden verweten dat ze, ten gunste van één van de inschrijvers, duidelijke en bindende bepalingen van het bestek had geschonden, alsook het beginsel dat alle inschrijvers gelijk moeten worden behandeld; dat het middel, voorzover de verwerende partij daarin ten laste wordt gelegd dat ze geen aandacht heeft geschonken aan het bewijsaanbod dat de verzoekende partij in haar inschrijving had verwoord, niet gegrond is;

Overwegende, voor het overige, dat het middel, voorzover de verwerende partij daarin ten laste wordt gelegd dat ze geen acht heeft geslagen op het bewijs dat een volledig erkenningsdossier was ingediend dat op het laatste nippertje bij de inschrijving zou zijn gevoegd, nieuw blijkt te zijn en in dat opzicht niet-ontvankelijk is, aangezien het, gesteld dat het gegrond was, binnen de beroepstermijn had kunnen en dus had moeten worden aangevoerd,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten, bepaald op 7 000 frank, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van de VIe kamer, op vijf december tweeduizend één door:

de HH.	ANDERSEN,	voorzitter van de Raad van State,
	HANSE,	staatsraad,
	LEWALLE,	staatsraad,

HARMEL, griffier.

De Griffier,

De Voorzitter,

P. HARMEL.

R. ANDERSEN.

VERTALING OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 63,
EERSTE LID, VAN DE WETTEN OP DE RAAD VAN STATE,
GECOÖRDINEERD OP 12 JANUARI 1973.