

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 109.139 van 10 juli 2002
in de zaak A. 71.521/XII-3220.**

In zake : de NV NOORDBOUW,
die woonplaats kiest bij
advocaat J. Keustermans,
kantoor houdende te Turnhout,
de Merodelei 112

tegen :

de STAD SCHERPENHEUVEL-ZICHEM.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Noordbouw op 4 oktober 1996 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de besluiten van 19 maart 1996 en van 25 juni 1996 van het Schepencollege van Scherpenheuvel-Zichem, waarbij de werken tot het bouwen van kleuterklassen te Testelt, Teekbroek 22, gegund werden aan de N.V. L. Huybreckx en zonen [...]”;

Gezien de toelichtende memorie en de memorie van wederantwoord van de verzoekende partij en de memorie van antwoord van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 2 oktober 2001 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

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

Gelet op de beschikking van 19 februari 2002 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 30 april 2002;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat P. Teerlinck, die loco advocaat J. Keustermans verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat A. Fevery, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

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

1. 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 openbare aanbesteding uit voor het bouwen van kleuterklassen.

1.2. De opening der inschrijvingen vindt plaats op 28 februari 1996. Er blijken 17 inschrijvingen te zijn waaronder die van de verzoekende partij en deze van de NV L. Huybreckx en zonen.

Volgens het verslag van de ontwerper van 15 maart 1996 is de “rangschikking voor toewijzing” na onderzoek van de inschrijvingen de volgende :

“ 1. NV L. Huybreckx en zonen	14.953.085 frank
2. NV Noordbouw	14.982.223 frank
3. [...]”.	

1.3. Het voorstel in het verslag van zijn ontwerper volgend, beslist het college van burgemeester en schepenen met de bestreden beslissing van 19 maart 1996 de opdracht toe te wijzen aan de NV L. Huybreckx en zonen voor het aangepast bedrag van 14.888.325 frank, BTW uitgezonderd.

1.4. Op 25 juni 1996 beslist het college (opnieuw) -weliswaar zonder uitdrukkelijke intrekking van de voormelde beslissing- om de opdracht toe te wijzen aan de NV L. Huybreckx en Zonen aan een (nogmaals) aangepast bedrag van 14.888.526 frank, BTW uitgezonderd. Dit is de tweede bestreden beslissing.

1.5. De verzoekende partij stelt dat zij op 7 augustus 1996 telefonisch de beslissing van het college heeft vernomen om de opdracht toe te wijzen aan de NV L. Huybreckx en zonen. Bij brief van 19 augustus 1996, waarin zij melding maakt van dat telefonisch contact, vraagt zij kopie van de volledige toewijzingsbeslissing. Zij verkrijgt een dergelijke kopie pas op 19 september 1996, wanneer zij zich met een gerechtsdeurwaarder aanmeldt op het gemeentehuis. Zij stelt dat het dan nog maar een kopie van een kopie is, aangezien haar wordt medegedeeld dat het originele dossier zich bij de Dienst voor Infrastructuurwerken van het Gesubsidieerd Onderwijs (hierna : DIGO) bevindt;

2. Over de procedure.

Overwegende dat met een op 3 januari 1997 ter post aangetekende brief, dit is binnen de 60 dagen na ontvangst van de melding van de griffie van het indienen van een verzoekschrift, de raadslieden van de verwerende partij meedelen dat het origineel van het administratief dossier zich bij de DIGO bevindt, dat, gelet op de betwisting, het origineel administratief dossier essentieel is voor de behandeling van de zaak en met toepassing van artikel 21, vierde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 6, tweede en derde lid, van het algemeen procedurereglement zij meedelen dat de verwerende partij niet in het bezit is van het origineel administratief dossier; dat bij brief van 4 februari 1997 de auditeur-generaal met toepassing van artikel 6, tweede lid, van het algemeen procedurereglement het dossier opvraagt bij de DIGO; dat bij brief van 6 februari 1997 de DIGO het dossier aan de Raad van State toezendt; dat met een niet ter post aangetekende brief van 12 februari 1997 de griffie aan verwerende partij mededeelt dat de DIGO het dossier heeft neergelegd bij de Raad van State : gemeld wordt dat de termijn voor het indienen van de memorie van antwoord pas ingaat na ontvangst van die brief van 12 februari 1997; dat de verwerende partij geen memorie van antwoord indient; dat de griffie zulks aan de verzoekende partij mededeelt met een ter post aangetekende brief van 3 juni 1997; dat de verzoekende partij daarop een toelichtende memorie indient; dat bij brief van 6 augustus 1997 de griffie een afschrift van de toelichtende memorie aan de verwerende partij zendt; dat met een op 26 september 1997 ter post aangetekende brief de verwerende partij een memorie van antwoord indient; dat zij daarin stelt pas weet gehad te hebben van het neerleggen van het dossier door DIGO uit de toelichtende memorie van de verzoekende partij, nu zij de niet ter post aangetekende brief van 12 februari 1997 van de griffie niet ontvangen heeft; dat zij van oordeel is dat aldus de termijn voor

het indienen van een memorie van antwoord pas is aangevangen op 7 augustus 1997; dat met een op 1 december 1997 ter post aangetekende brief de verzoekende partij een memorie van wederantwoord indient;

Overwegende dat te dezen de brief van 12 februari 1997 van de griffie niet ter post aangetekend is zodat moet worden aanvaard dat de memorie van de verwerende partij regelmatig is ingediend en dienvolgens ook de memorie van wederantwoord; dat gelet op de bijzondere omstandigheden van de zaak ook de toelichtende memorie in het debat betrokken blijft;

3. Over de ontvankelijkheid.

3.1. Overwegende dat de verwerende partij in een eerste exceptie opwerpt dat de vordering te laat is ingediend, nu de verzoekende partij op 7 augustus 1996 kennis kreeg van de bestreden besluiten en haar verzoekschrift pas op 7 oktober 1996 werd ontvangen ter griffie van de Raad van State; dat deze exceptie wordt verworpen, aangezien het verzoekschrift op 4 oktober 1996 ter post aangetekend is verzonden; dat voor de berekening van de voorgeschreven termijn het deze datum is die in aanmerking moet worden genomen zodat het verzoekschrift binnen die termijn is ingediend;

3.2. Overwegende dat de verwerende partij in een tweede exceptie opwerpt dat de verzoekende partij niet over het vereiste belang beschikt, aangezien zij niet aantoont dat zij zelf een regelmatige inschrijving heeft ingediend, die bij ontstentenis van de gekozen inschrijving, de laagste zou zijn geweest; dat ook deze exceptie wordt verworpen; dat immers de verwerende partij zelf de inschrijving van de verzoekende partij regelmatig heeft bevonden en als tweede laagste regelmatige inschrijving heeft gerangschikt;

4. Over de gegrondheid.

4.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een eerste middel onder meer de schending aanvoert van artikel 14, tweede lid, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, doordat vele doorhalingen, wijzigingen en aanvullingen in de inschrijving van de NV L. Huybreckx en zonen die manifest van invloed waren op de prijs, daar ze betrekking hadden op de opgegeven hoeveelheden,

eenheidsprijzen, bedragen, tussentotalen en het eindtotaal, niet naar behoren zijn ondertekend, die inschrijving dienvolgens dan ook manifest onregelmatig was en in haar geheel nietig diende te worden verklaard, hetgeen de verwerende partij ten onrechte niet heeft gedaan; dat zij de bedoelde werkwijze onder meer aanwijst en bespreekt bij de onderdelen Algemene bouwwerken (posten 1.1. en 8.5.1.2.1) en Omgevingswerken en speelplaatsuitrusting (posten 502.2. en 580.2.1.2.);

4.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord repliceert dat alle vermeldingen in potlood afkomstig zijn van de ontwerper en bijgevolg niet in aanmerking kunnen worden genomen voor de beoordeling van de regelmatigheid van de inschrijving, dat aangaande “alle andere vermeldingen het grootst mogelijke voorbehoud [wordt] gemaakt” aangezien niet met zekerheid is aangetoond wie daarvan de auteur is; dat zij voorts betreffende de posten 1.1., 502.2 en 580.2.1.2. betoogt dat niet kan worden ontkend dat daarvoor “niet-gehandtekende doorhalingen, overschrijvingen, aanvullingen en/of wijzigingen werden aangebracht aan eenheidsprijzen”, maar dat de bedoelde formaliteit een “doelgebonden” substantiële formaliteit is, die er in hoofdzaak toe strekt de gelijkheid tussen de inschrijvers te waarborgen, dat te dezen de voormelde wijzigingen evenwel tot een verhoging van de prijs hebben geleid, dat zij betreffende de post 8.5.1.2.1 stelt dat het bedrag voor deze post ongewijzigd is gebleven, ondanks de verbetering van de hoeveelheden, dat aldus door die wijzigingen de vergelijking niet in het nadeel van andere inschrijvers kon zijn beïnvloed en zij terecht heeft mogen oordelen dat er geen aanleiding was tot nietigverklaring van de betrokken inschrijving;

4.3. Overwegende dat artikel 14, tweede lid, van het voormelde koninklijk besluit van 22 april 1997 bepaalt hetgeen volgt :

“Doorhalingen, overschrijvingen, aanvullingen of wijzigingen, zowel in de inschrijving als in de bijlagen, die de essentiële voorwaarden van de opdracht zoals prijzen, termijnen, technische specificaties kunnen beïnvloeden, moeten eveneens door de inschrijver of zijn gemachtigde ondertekend worden”;

dat met betrekking tot het ongewijzigde artikel 14 van het koninklijk besluit van 14 oktober 1964 in het verslag aan de Koning de volgende toelichting gegeven wordt :

“Artikel 14 verzamelt in een enkele bepaling, inzake de uitwendige regelmatigheid van de inschrijving, al wat op zijn minst vereist of verboden is. In feite vervangt dit het artikel 14 van het besluit van 1955. Met het doel te vermijden dat belangwekkende inschrijvingen zouden moeten geweerd worden

om louter vormfouten en onder voorbehoud van hetgeen zal worden gezegd in verband met artikel 25 hierna, wordt elk louter formalistisch bezwaar hiervan uitgesloten, maar de wijzigingen, niet meer alleen aan de inschrijving, maar eveneens aan de bijlagen, zullen door de handtekening van hun auteur en niet alléén meer door een eenvoudige korttekening moeten goedgekeurd worden. In feite zijn de bedoelde essentiële voorwaarden al deze die een weerslag zouden kunnen hebben op de gelijkheid van de inschrijvers en op de rangschikking van de inschrijvingen”;

dat in artikel 25, § 1, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 wordt gesteld :

“Onverminderd de nietigheid van elke inschrijving wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals die van artikel 14, tweede lid, kan (...)”;

Overwegende dat uit die teksten en de toelichting volgt dat de vereiste handtekening bij de doorhaling, de overschrijving, aanvulling of wijziging van een eenheidsprijs of totaalprijs een substantiële formaliteit is, waarvan de niet-naleving de nietigheid van de offerte tot gevolg heeft;

Overwegende dat op de aan de Raad van State voorgelegde originele inschrijving van de NV L. Huybreckx en zonen bij de getypte gegevens allerlei bedragen zijn toegevoegd, al dan niet gepaard gaande met doorstreping van oorspronkelijke gegevens; dat meer bepaald

- bij de voormelde post 1.1., het woord “tweehonderdduizend” “is aangevuld met het woord “vijftig” en het bedrag “200.000” met een doorstreping van “00” en bovenschrijving van “50”, eveneens is gewijzigd in “250.000”, dit in zwarte inkt en met een parafering;
- bij de voormelde post 502.2., het woord “vijftienduizend” is gewijzigd in “vijfenzestigduizend” en het bedrag “15.000” in “65.000”, dit eveneens in zwarte inkt maar ditmaal zonder enige bijgevoegde handtekening of parafering;
- bij de voormelde post 580.2.1.2 het woord “vierentwintigduizend” is gewijzigd in “vierendertigduizend” en het bedrag “24.000” in “34.000” telkens na doorstreping, in blauwe inkt en met een parafering;
- bij de voormelde post 8.5.1.2.1. de hoeveelheidsaanduidingen “390, 00 m²” en “390” na doorstreping telkens gewijzigd zijn in “331”, in groene inkt en met een parafering;

Overwegende dat de verwerende partij deze wijzigingen en de ontstentenis van een voluit geschreven handtekening niet ontkent, maar van de stelling uitgaat dat, omdat de wijzigingen een verhoging van de prijs tot gevolg hebben, dat gebrek te dezen geen substantiële onregelmatigheid is; dat echter die

zienswijze niet wordt bijgetreden; dat het aangehaalde artikel 14 immers geen onderscheid maakt tussen doorhalingen, overschrijvingen, aanvullingen of wijzigingen die de prijzen zouden verhogen dan wel verlagen, maar enkel gewag maakt van dergelijke verrichtingen die zoals de hierboven besproken wijzigingen “de prijzen kunnen beïnvloeden” zonder dat het door de verwerende partij aangebrachte onderscheid wordt gemaakt dat zou toevoegen aan de duidelijke tekst van een rechtsbepaling;

Overwegende dat aldus de inschrijving van de NV L. Huybreckx en zonen bij ontstentenis van de handtekening van de inschrijver naast doorhalingen en wijzigingen die de prijs van de opdracht kunnen beïnvloeden, aangetast is door een substantiële tekortkoming die de nietigheid van die inschrijving met zich meebrengt; dat door de opdracht toch toe te wijzen aan een inschrijver die een dergelijke niet regelmatige inschrijving heeft ingediend, de bestreden toewijzingsbeslissingen op onrechtmatige wijze zijn genomen; dat het middel in zoverre gegrond is;

Overwegende dat uit het gegrond bevinden van het eerste middel voortvloeit dat de opdracht niet is gegund aan de laagste “regelmatige” inschrijver; dat zulks bij aanbestedingen, om de opdracht te gunnen, vereist is te dezen door artikel 12, § 1, eerste lid, van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; dat dienvolgens ook het derde middel van de verzoekende partij waarin zij een schending inroept van dat artikel, gegrond is;

Overwegende dat, hoewel klaarblijkelijk de eerste bestreden beslissing impliciet is ingetrokken door de tweede bestreden beslissing, het voor de duidelijkheid in het rechtsverkeer passend is de beide beslissingen nietig te verklaren,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd worden de beslissingen van 19 maart 1996 en 25 juni 1996 van het college van burgemeester en schepenen van de stad

Scherpenheuvel-Zichem, waarbij de opdracht tot het bouwen van kleuterklassen te Testelt wordt toegewezen aan de NV L. Huybreckx en zonen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 99,16 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op tien juli 2002, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.