

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 116.445 van 25 februari 2003
in de zaak A. 78. 647/XII-1376.**

In zake : BVBA BAETEN-VAN ES,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. Wuyts,
kantoor houdende te Antwerpen,
Mechelse Steenweg 166

tegen : de gemeente SINT-JANS-MOLENBEEK,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. Van der Mosen,
kantoor houdende te Brussel,
Koningsstraat 15.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de BVBA Baeten-Van Es op 18 mei 1998 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissingen van de Gemeente Sint-Jans-Molenbeek :

1. de inschrijving van verzoekster op de openbare aanbesteding voor het vervangen van de ramen in Gemeenteschool nr. 2 [...] af te wijzen[...],
2. het werk toe te wijzen aan de S.A. Bure [...]”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 18 december 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 verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 18 oktober 2002 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 17 december 2002;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat P. Wuyts, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat M. Van Dievoet, 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 de voormelde opdracht.

1.2. Er blijken elf offertes ingediend : de offerte van de verzoekende partij is de laagste met een bedrag van 8.170.900 frank, BTW niet inbegrepen.

1.3. In het definitieve aanbestedingsverslag van 23 december 1997 stelt de architect dat het bestek een detailplan oplegde waaruit kan worden afgeleid of bij de technische uitvoering van de ramen een dubbel dan wel een enkelvoudig kader wordt gebruikt, hetgeen immers een technische en esthetische weerslag heeft en van invloed is op de eenheidsprijs.

Het resultaat van het onderzoek van de plannen blijkt te zijn :

- twee inschrijvers hebben geen detailplannen ingediend;
- twee inschrijvers hebben onvolledige detailplannen ingediend die niet toelaten te oordelen over de conformiteit;
- twee inschrijvers hebben onvolledige detailplannen ingediend die evenwel reeds de niet-conformiteit met het bestek aantonen;
- drie inschrijvers waaronder de verzoekende partij hebben volledige detailplannen ingediend maar hebben een dubbel kader voorgesteld in de plaats van een enkelvoudig en worden niet ontvankelijk verklaard; aan verzoekende partij wordt voorts tegengeworpen dat zij geen massieve deuren voorstelde;

- twee inschrijvers hebben volledige detailplannen ingediend die de conformiteit met het bestek aantonen : Bure en Deswez.

1.4. Vermits de offerte van SA Bure de laagste is van deze twee, wordt voorgesteld de opdracht toe te wijzen aan deze inschrijver.

1.5. In zitting van 24 december 1997 neemt het college van burgemeester en schepenen de overwegingen van het aanbestedingsverslag over en wordt beslist de opdracht toe te wijzen aan de SA Bure voor een bedrag van 10.424.841 frank, BTW inbegrepen. In die beslissing wordt in een overweging vastgesteld dat de verzoekende partij plannen heeft ingediend waaruit de niet-conformiteit met het bestek blijkt en wordt verwezen naar het voormelde architectenverslag van 23 december 1997.

1.6. Met een brief van 8 april 1998 vraagt de VZW Syndicale Kamer der Bouwnijverheid van Antwerpen voor de verzoekende partij, lid van die kamer, aan de verwerende partij, om mededeling van het gevolg dat aan de aanbesteding is gegeven.

1.7. De verzoekende partij zelf vraagt met een brief van 27 april 1998 aan de verwerende partij om binnen de vijftien dagen de motieven van haar niet-selectie of onregelmatigverklaring mede te delen, evenals de gemotiveerde beslissing van gunning.

1.8. Met een brief van 4 mei 1998 deelt de verwerende partij mede dat de offerte van de verzoekende partij niet in aanmerking kon worden genomen daar het volgens de ingediende plannen blijkt dat de voorgestelde vensterkozijnen met een dubbelvoudig kader uitgevoerd zijn en dus niet in overeenstemming met het “bestek (pag. 19 tot 23) en bijgevoegde plannen (nr. 97018/03)”;

2. Over de exceptie.

Overwegende dat de verwerende partij betoogt dat het beroep in werkelijkheid louter gericht is tegen het bevestigde toewijzingsbesluit; dat in het auditorsverslag wordt geconcludeerd tot nietigverklaring van “de beslissing zoals door verzoekster bestreden”; dat de verwerende partij in haar laatste memorie aan deze conclusie geen overwegingen wijdt, noch haar exceptie herhaalt; dat in die

omstandigheden moet worden aangenomen dat zij zich heeft neergelegd bij de omschrijving van het voorwerp van het geding door de verzoekende partij;

3. Over de gegrondheid van het beroep.

3.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel de schending aanvoert van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, doordat elke grondslag voor het weren van de verzoekende partij ontbreekt, nu noch uit de plannen, noch uit de bladzijden 19 tot 23 van het bestek op enige wijze is af te leiden dat een enkelvoudig kader imperatief zou zijn zodat het aanbieden van een dubbelvoudig kader wel conform is aan het bestek;

3.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar memories tegenwerpt dat de vereiste van vensterkozijnen met een enkelvoudig kader te dezen een essentiële bestekbepaling is, dat “de technische clauses van het bijzonder bestek (p. 19 tot 23) en de bijgevoegde plannen” daarover geen enkele twijfel lieten, dat de ramen met een enkelvoudig kader werden afgebeeld, dat daarentegen de verzoekende partij in haar detailplan voorstelde om het bovenste en het onderste raamgedeelte elk een apart kader te geven, en deze vervolgens met elkaar te verbinden door middel van pen-en gatverbinding en verlijming, dat volgens de architect dergelijke dubbelvoudige kaders het beeld van de gevel onesthetisch zouden maken, doordat de middenstijl dubbel zo breed zou zijn in vergelijking met enkelvoudige kaders, en dat voorts het dubbelvoudig kader minder stevig is dan een element uit één stuk;

Overwegende dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord nader betoogt dat het bestek nergens een bepaling bevat betreffende een uitvoering in enkelvoudige profielen, dat daarentegen volgens het bestek de studie van het profiel contractueel ten laste van de aannemer valt, dat voorts de verwerende partij, wanneer deze om een volledig plan vroeg van het raam- en deurschrijnwerk, al evenmin de aandacht vestigde op wat thans een essentiële besteksbepaling wordt genoemd, dat om te bepalen of een besteksbepaling al dan niet essentieel is, dient te worden uitgegaan van de aan de aannemers ter beschikking gestelde documenten, dat de latere motivering van de toewijzingsbeslissing of overwegingen van de architect niet vermogen a posteriori een besteksbepaling essentieel te maken, dat de tekeningen op schaal 1/50 en plannen op schaal 1/100 zelfs voor ervaren aannemers niet aangeven dat uitsluitend enkelvoudige profielen

konden worden aanvaard, laat staan een dubbelvoudig kader was uitgesloten, dat zulks blijkt uit het feit dat alvast drie inschrijvers in het ongewisse lieten of zij enkelvoudige dan wel dubbelvoudige kaders aanboden en dat drie andere inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, manifest dubbelvoudige profielen hadden aangeboden, dat de door de verwerende partij vermelde overwegingen van de architect niet ter zake zijn en in elk geval betwistbaar, dat, ofschoon uit de verificatie der inschrijvingen van 23 december 1997 ook nog blijkt dat aan verzoekende partij werd verweten geen massieve deuren te hebben voorgesteld, in de afwijzingsbrief van 4 mei 1998 de verwerende partij daarop niet meer terugkwam en zulks evenmin gebeurde in de memorie van antwoord, dat het hier slechts 19 m² vulling betrof, waarbij andermaal in het bestek niet was bepaald op welke wijze die vulling diende te worden verwezenlijkt, dat zulks nogmaals bewijst dat het bestek hiaten vertoonde, reden waarom nagenoeg alle inschrijvingen onontvankelijk werden beschouwd;

Overwegende dat de verwerende partij in haar laatste memorie nog stelt dat uit de bij het bestek gevoegde plannen op schaal 1/50 een professionele aannemer duidelijk kan aflezen, uit het aantal lijnen op de tekening, of enkelvoudige kaders zijn getekend, hetgeen te dezen het geval was, dat de meeste inschrijvers de plannen wel hebben begrepen, dat slechts zeven van de twaalf inschrijvers de gevraagde detailplannen hebben ingediend, waarvan twee onvolledige, dat van de overige vijf er twee niet conform waren omwille van andere constructieve redenen en enkel de verzoekende partij de plannen heeft geïnterpreteerd met een dubbelvoudig kader;

3.3. Overwegende dat de bladzijden 19 tot en met 23 van het te dezen toepasselijke bestek tekeningen bevatten van vensterkozijnen op schaal 1/50; dat het de stelling is van de verwerende partij dat, rekening houdend met de wijze waarop de aldaar getekende lijnen enkelvoudig of dubbel zijn getekend, een professionele aannemer van schrijnwerken moet kunnen uitmaken of daarbij een enkelvoudig dan wel een dubbelvoudig kader is bedoeld; dat mogelijkerwijze de intentie voorlag bij de architect om in een enkelvoudig kader te voorzien; dat echter moet worden vastgesteld dat alvast drie inschrijvers de tekeningen niet zo hebben opgevat : de inschrijvers Turnhoutse Schrijnwerken en Duchene, die al meteen op grond van hun uitvoeringsplannen om die reden werden geweerd, en de verzoekende partij na het indienen van detailplannen; dat voorts ook de inschrijver NV Radeca omwille van zijn voorgesteld type kader werd geweerd; dat aldus de verwerende partij op niet correcte wijze stelt dat het enkel de verzoekende partij zou zijn geweest die voor een

dubbelvoudig kader koos; dat voorts de verwerende partij geen concrete bestekbepaling aanwijst waaruit ondubbelzinnig zou moeten blijken hetzij dat een enkelvoudig kader was voorgeschreven, hetzij dat een dubbelvoudig kader was uitgesloten; dat aldus de verzoekende partij moet worden bijgetreden in haar stelling dat niet duidelijk blijkt dat een dubbelvoudig kader niet bestekconform zou zijn; dat de verwerende partij aldus om de verzoekende partij als inschrijver te weren, het motief daartoe niet mocht zoeken in het aanbod van een dubbelvoudig kader; dat derhalve die eerste bestreden beslissing, die is veruitwendigd in een motief van de tweede bestreden beslissing in elk geval reeds gevitieerd is aangezien zij toch op dat motief steunt en, zoal niet exclusief, dan toch in doorslaggevende mate, nu in de voormelde brief van 4 mei 1998 de verwerende partij enkel dat motief aangeeft en het verweer in het huidig geding enkel dat motief betreft;

Overwegende dat de verzoekende partij op grond van een ondeugdelijk motief blijkt te zijn geweerd; dat die vaststelling volstaat om die beslissing nietig te verklaren; dat dienvolgens ook niet meer vaststaat, omdat juist de verzoekende partij oorspronkelijk de laagste inschrijver was, dat met de tweede bestreden beslissing de opdracht is toegewezen aan de laagste regelmatige inschrijver; dat zulks nochtans bij aanbestedingen vereist is door artikel 15 van de voormelde wet van 24 december 1993; dat aldus ook deze beslissing moet worden nietigverklaard; dat het middel in die mate gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van 24 december 1997 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Jans-Molenbeek, waarbij de inschrijving van de BVBA Baeten-Van Es als niet conform het bestek wordt aangemerkt en de opdracht tot het vervangen van de ramen in de gemeenteschool nr. 2 , wordt toegewezen aan de SA Bure.

Artikel 2.

De kosten van de vordering bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vijftientwintig februari 2003, 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.