

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 121.076 van 27 juni 2003
in de zaak A. 55.940/XII-2021.**

In zake : 1. de NV LES ENTREPRISES LOUIS DE WAELE,
 2. de NV ALGEMENE BOUWONDERNEMING BUILDING,
 3. de TIJDELIJKE HANDELSVERENIGING DE WAELE-
 BUILDING,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaat L. Van Hout,
 kantoor houdende te Berlaar,
 Markt 78

tegen :

de GEMEENTE ANDERLECHT.

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

Gezien het verzoekschrift dat de NV Les Entreprises Louis De Waele, de NV Algemene Bouwonderneming Building en de tijdelijke handelsvereniging De Waele-Building, op 25 januari 1994 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing van 18.11.1993 van de gemeente Anderlecht waarbij werd beslist de offerte van de verzoekende partijen af te wijzen als zijnde onregelmatig en de correlatieve beslissing van dezelfde datum waarbij de overheidsopdracht inzake de restauratie van de Collegiale Sint Pieter en Sint Guido (eerste fase) aan de tijdelijke vereniging EGTA n.v. en Vandekerckhove n.v. werd gegund”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 10 juni 1999 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 memories;

Gelet op de beschikking van 11 april 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 20 mei 2003;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat Ph. Pelleman, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en van advocaat B. Janssens, die loco advocaat H. Van Eecke 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. Op 29 oktober 1992 keurt de gemeenteraad het bestek en de plannen goed voor de in het geding zijnde restauratie-opdracht en wordt de beperkte offerteaanvraag als gunningswijze gekozen.

Op 24 juni 1993 wordt door de gemeenteraad de wijze van gunning gewijzigd in een beperkte aanbesteding.

1.2. Onder de “technische bepalingen”, (blz. 10 van het bestek) luidt een artikel 1.3. onder meer als volgt :

“De aannemer zal bij de aanbesteding een plan van de steigers voegen met alle voorziene verankeringen en dit op straffe van nietigheid van zijn bieding”.

1.3. Op 4 november 1993 heeft de opening van de offertes plaats : drie offertes blijken ingediend, waaronder die van de verzoekende partijen.

1.4. In het aanbestedingsverslag wordt door architect Piron vastgesteld dat bij de offerte van de verzoekende partijen -met de laagste prijs- en die van de tijdelijke vereniging SA CRE-NV De Dender -met de hoogste prijs- geen plan van

de steigers is bijgevoegd en bij die van de tijdelijke vereniging NV EGTA-NV Vandekerckhove wel.

Hij besluit tot de wering van de offertes van de eerstgenoemde twee inschrijvers en tot de toewijzing van de opdracht aan de laatstgenoemde.

1.5. Het college van burgemeester en schepenen beslist op 18 november 1993 de opdracht toe te wijzen zoals voorgesteld, onder verwijzing naar artikel 1.3. van de technische bepalingen van het bestek met als motivering :

“Aangezien deze eis hoofdzakelijk is om de inschrijvingen te vergelijken en om de beschadigingen aan het gebouw te beperken;
Aangezien de T.V. Building-De Waele zulk plan bij haar inschrijving niet heeft gevoegd;
Aangezien haar bieding dus nietig is;”.

1.6. In een brief van 25 november 1993 bevestigt het ontwerp bureau Group B aan de verwerende partij dat het onmisbaar is dat de inschrijvers een plan van de steigers bij hun inschrijving voegen, omdat een dergelijk stuk toestaat de onderscheiden methodes van stellingbouw te vergelijken en een keuze te maken van die werkwijze die het minste risico meebrengt om de bestaande aftakeling nog erger te maken.

1.7. Met een brief van 9 december 1993 informeert de eerste verzoekende partij naar de beslissing.

1.8. Met een brief van 27 december 1993 deelt de verwerende partij aan de eerste verzoekende partij mede dat de inschrijving van de verzoekende partijen nietig is, aangezien :

“1. art. 1.3. van de technische bepalingen van het bijzonder bestek voorziet dat de aannemer bij de aanbesteding een plan van de steigers zal voegen met alle voorziene verankeringen en dit op straffe van nietigheid van zijn bieding.
2. deze eis hoofdzakelijk is om de inschrijvingen te vergelijken en om de beschadigingen aan het gebouw te beperken.
3. zulk plan bij uw inschrijving niet werd gevoegd”;

1.9. Met een brief van 27 december 1993 wordt een kopie van die brief gezonden aan de tweede verzoekende partij;

2. Over de ontvankelijkheid.

Overwegende dat het beroep, in zoverre het is ingediend door de derde verzoekende partij, niet ontvankelijk is, aangezien de toenmalige tijdelijke handelsvereniging niet over rechtspersoonlijkheid beschikte; dat een verzoekende partij voor de Raad van State in principe over die rechtspersoonlijkheid dient te beschikken; dat de derde verzoekende partij niet aantoonst of zelfs maar poogt aan te tonen dat het te dezen anders zou zijn;

3. Over de gegrondheid.

3.1. Overwegende dat de verzoekende partijen in een enig middel stellen hetgeen volgt :

“Enig middel

Het middel is afgeleid uit

- de schending van het artikel 12 §1, eerste lid van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten,
- de schending van de artikelen 14 en 25 van het Koninklijk Besluit van 22 april 1977 (I) betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten,
- de onwettigheid van de artikelen 17 van het eerste deel en 1.3. -Opmerkingen- van het tweede deel technische bepalingen van het bijzonder lastenboek dat de opdracht beheerst,
- de verkeerde toepassing van voornoemd artikel 1.3. van het betrokken BLK,
- de dwaling in rechte in de determinerende motieven,
- machtsoverschrijding.

doordat de eerste aangevochten akte stelt dat de offerte van de verzoekende partijen dient afgewezen te worden omdat zij aangetast zou zijn door een absolute nietigheid,

en doordat de tweede aangevochten akte bijgevolg de opdracht aan de T.V. EGTA N.V. - VANDEKERCKHOVE N.V. heeft gegund

terwijl

eerste onderdeel :

de nietigheid van de offerte van de verzoekende partijen die door de verwerende partij wordt ingeroepen door laatstgenoemde niet als een absolute nietigheid moest beschouwd worden, maar als een relatieve nietigheid, ingevolge dewelke de verwerende partij haar beoordelingsbevoegdheid had moeten uitoefenen.

tweede onderdeel :

het bijzonder lastenboek, dat de procedure van openbare aanbesteding en niet de procedure van offerteaanvraag weerhoudt, niet in zijn artikel 17 van Deel 1, als verplicht bij de offerte te voegen stukken vermag op te leggen 'een gedetailleerde beschrijving die de verschillende toewijzingscriteria kan verduidelijken' en niet in zijn artikel 1.3. -opmerkingen- van Deel 2 vermag deze onwettige verplichting uit te leggen wat betreft de plannen van de steigers,

zodat door te beslissen, de offerte van de verzoekende partijen af te wijzen wegens absolute nietigheid en op grond van onwettige bepalingen van het bijzonder lastenboek, de verwerende partij een dwaling in rechte in een determinerend motief van haar beslissing heeft begaan en machtsoverschrijding heeft gepleegd”;

dat de verzoekende partijen in hun memorie van wederantwoord betogen hetgeen volgt :

“De verzoekende partij doet vooreerst opmerken dat de verwerende partij er in haar memorie van antwoord blijk van geeft het enige door de verzoekende partij ingeroepen annulatiemiddel niet te (willen) begrijpen.

De verwerende partij vergenoegt er zich inderdaad enkel toe achteraf haar in de aangevochten gunningsbeslissing dd. 18 november 1993 ingenomen standpunt met argumenten post facta toe te lichten.

De verwerende partij komt er in dat verband alleszins hoegenaamd niet toe in te gaan op de kern van het vraagstuk en met name te weten of de miskennis van het voorschrift van het voegen van de plannen een absolute dan wel een relatieve nietigheid uitmaakt, met alle gevolgen vandien inzake de uitsluiting van, dan wel de verplichting tot het uitoefenen van een beoordelingsbevoegdheid in hoofde van de verwerende partij.

De verzoekende partij doet gelden dat indien het kwestieuze voorschrift een relatieve nietigheid zou betreffen, vaststaat dat de verwerende partij alleszins haar verplichte beoordelingsbevoegdheid niet heeft uitgeoefend, derhalve op onrechtmatige wijze de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig heeft afgewezen en dus de opdracht niet heeft gegund aan de aannemer die de laagste regelmatige offerte had ingediend, nl. de verzoekende partij, maar aan een andere aannemer, zodat de verwerende partij de in het middel aangehaalde bepalingen, inzonderheid art. 12 van de Wet dd. 14 juli 1976 heeft geschonden en machtsoverschrijding heeft gepleegd.

De verzoekende partij doet opmerken dat uit de bespreking sub. I reeds kon worden afgeleid dat noch uit het Verslag van de architect, noch uit de aangevochten beslissing zelf, zijnde de enige waarop de Raad van State vermag acht te slaan, blijkt dat het kwestieuze voorschrift een absolute nietigheid zou uitmaken.

De verzoekende partij wenst te benadrukken dat enkel in de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen dd. 29 maart 1994, dus méér dan 4 maanden na de aangevochten beslissing zelf, de verwerende partij voor de eerste maal gewag maakt van een absolute nietigheid.

De Raad van State vermag het uiteraard niet deze beslissing van 29 maart 1994, noch trouwens de brief van 25 november 1993 van de Group B Ingenierie & Architecture die door de verwerende partij als rechtvaardingsstukken worden voorgelegd, te betrekken bij haar wettigheidscontrole t.a.v. de gunningsbeslissing van 18 november 1993.

De verzoekende partij doet opmerken dat evenmin uit het bijzonder lastenboek blijkt dat het kwestieuze voorschrift inzake de steigers een absolute nietigheid zou betreffen.

Ten aanzien van de betrokken steigers wenst de verzoekende partij het volgende te doen gelden :

Deze steigers zijn beschreven onder art. 1.3. van Deel II Technische Bepalingen blz. 8 en 9.

A. In de besteksbepalingen komt volgende duidelijke tegenspraak of ongerijmdheid voor :

Op blz. 8 'De aannemer mag in geen geval vastankeringen in de gevels uitvoeren; de steigers moeten een eigen stabiliteit bezitten en zich zelfstandig in evenwicht kunnen houden'.

Tevens ook : 'De plannen en berekeningen van de steigers moeten ter goedkeuring worden voorgelegd aan het Studiebureau voor Stabiliteit'.
Op blz. 9 'De aannemer zal bij de aanbesteding een plan van de steigers voegen met alle voorziene verankeringen en dit op straffe van nietigheid van zijn bieding'.

Twee vaststellingen dringen zich hier op :

1. Het is absoluut onduidelijk volgens het bestek of er ja dan neen verankeringen zijn toegelaten; volgens blz. 8 niet en volgens blz. 9 wel. Gezien dit een grondig verschil uitmaakt in de stellingbouw was het voor de inschrijver onmogelijk met zekerheid te bepalen welk plan diende voorgelegd te worden.
 2. Op blz. 8 worden plannen en berekeningsnota's geëist doch zonder vermelding dat dit reeds bij de inschrijving dient te gebeuren; dit stemt ook overeen met art. 3, § 3 voor Deel I (blz. 10) waarin wordt vermeld : 'De aannemer legt alle detail- en uitvoeringsplannen, alsmede de berekeningsnota's van de uit te voeren werken ter goedkeuring voor'.
Op blz. 9 wordt wel een plan der steigers met voorziene verankeringen gevraagd bij de bieding.
- B. De besteksbepalingen omschrijven de aan te brengen steigers zo volkomen dat de vraag zich stelt waarom nog een plan met nietigheidsclausule werd geëist.

Immers, deze steigers worden volledig omschreven zowel inzake :

omvang :	'de stelling wordt gebouwd aan de vier zijden tot het punt van de toren'. 'de steigers moeten een breedte hebben van 1,20 m met mogelijke werkvloeren om de 2 meter'.
aard materiaal :	'in metaal en buisvormig, gemetalliseerd of roestwerend geschilderd'.
stabiliteit :	'de steigers moeten derwijze worden berekend dat de belasting op twee werkvloeren samen 250 kg/m ² bedraagt.
uitrusting :	werkvloeren, borstweringen, traliwerk en toegangs-ladders worden omstandig beschreven.
veiligheid :	'de stellingen zullen volledig beantwoorden aan het ARAB'.

Uit de betrokken besteksbepalingen blijkt dat de steigers zo eenduidig en zo volkomen zijn beschreven dat geen afwijkingen mogelijk zijn en bovendien is het zo dat bij de uitvoering de plannen en berekeningen van de steigers ter goedkeuring moeten voorgelegd worden, zodat niet valt in te zien op welke wijze het voegen van een plan bij de bieding de vergelijking van de inschrijvingen zou kunnen bevorderen.

Vermits daarenboven uit de betrokken besteksbepalingen blijkt dat de steigers in geen geval in de gevels mogen vastgeankerd worden, een eigen stabiliteit moet bezitten en zich zelfstandig in evenwicht moeten kunnen houden, valt niet in te zien op welke wijze het voegen van een plan bij de bieding de beschadigingen aan het gebouw zou kunnen beperken”;

dat de verzoekende partijen ten slotte in hun laatste memorie aanvoeren hetgeen volgt :

“Verzoekende partijen doen vooreerst opmerken dat ondanks het als 'summier' bestempeld karakter van het enig ingeroepen annulatiemiddel, zowel het Auditoraat als de verwerende partij toch in staat blijken te zijn geweest om perfect de draagwijdte van de aangeklaagde onwettigheid te vatten.

Zowel de ene als de andere houden immers voor dat de verwerende partij de verplichting zou gehad hebben om de offerte van verzoekende partijen nietig te verklaren wetens absolute nietigheid, hetwelk «evidentelijk» zou voortvloeien uit de besteksbepaling die stelt dat, «(...) de aannemer bij de aanbesteding een plan van de steigers zal voegen met alle voorziene veranderingen en dit op straffe van nietigheid van zijn bieding (...)».

Verzoekende partijen doen te dien aanzien gelden dat uit het neergelegde -en trouwens nog steeds onvolledige- administratief dossier alsmede uit de door de verwerende partij op 12 juli 1995 bij de Raad van State voorgelegde brieven d.d. 30 mei 1995 en 30 juni 1995 deze vermeende evidentie alleszins niet kan worden afgeleid.

Er weze vooreerst aan herinnerd dat het pas in een beslissing is van de verwerende partij d.d. 29 maart 1994 en dus van na de aangevochten gunningsbeslissing d.d. 18 november 1993 dat voor het eerst de ingeroepen nietigheid als absoluut wordt gekwalificeerd.

Verder is het ook zo dat zelfs de motieven die in de aangevochten gunningsbeslissing zelf werden ingeroepen om het voorschrift van het voegen van het plan van de steigers als noodzakelijk te beschouwen, nl. «(...) om de inschrijvingen te vergelijken (...)» en «(...) om de beschadigingen aan het gebouw te beperken (...)», een drogreden blijken te zijn geweest zoals kan worden afgeleid uit de hiervoor reeds aangehaalde brieven d.d. 30 mei 1995 en 30 juni 1995.

Wat valt er immers te vergelijken, nu vaststaat dat de steigers op de meest gebruikelijke en traditionele wijze zijn opgebouwd en bevestigd? Hoe zouden beschadigingen aan het gebouw kunnen beperkt worden, nu vaststaat dat op systematische wijze vanaf de begane grond tot op de toren verankeringbouten werden aangebracht? Het voorschrift van het op straffe van nietigheid voorafgaandelijk voorleggen van een plan van de steigers «(...) met alle voorziene verankeringen (...)», daar waar deze verankeringen enerzijds verboden waren doch anderzijds uiteindelijk toch blijken toegestaan, is derhalve niet alleen onzinnig, maar kan derhalve bezwaarlijk als een evidente absolute nietigheid worden beschouwd.

De verwerende partij zou in de gegeven omstandigheden trouwens niet (hebben) kunnen hard maken dat het voorschrift waarvan werd afgeweken dermate belangrijk was dat de niet-naleving ervan onvermijdelijk tot gevolg moest hebben dat met de offerte van verzoekende partijen geen rekening mocht gehouden worden.

Zulks is nochtans het bepalend criterium om uit te maken of een onregelmatigheid al dan niet substantieel is, zodat moet besloten worden dat het in casu wel degelijk een relatieve nietigheid betrof”;

3.2. Overwegende dat de verzoekende partijen zich in hun inleidend verzoekschrift hebben vergenoegd met hetgeen zijzelf een “korte uiteenzetting van het middel” noemen; dat zij niettemin daarin zes schendingen van rechtsregels aanvoeren en zulks in twee onderdelen;

Overwegende, wat het eerste onderdeel betreft, dat zij daarin de grief verwoorden dat de ingeroepen nietigheid niet als een absolute nietigheid mocht worden beschouwd maar als een relatieve nietigheid; dat echter in het inleidend verzoekschrift vooreerst niet concreet wordt aangewezen op welke van de zes

voormelde rechtsregels die grief moet worden betrokken maar vooral geen redenen worden aangegeven waarom de bedoelde nietigheid slechts relatief zou zijn; dat een, op die wijze opgebouwd, middelonderdeel niet het rechtens vereiste middel is waarin op duidelijke wijze dient te worden aangegeven welke rechtsregel wordt geschonden en op welke wijze; dat, op gevaar af de rechten van verdediging van de verwerende partij te schenden, al hetgeen omtrent dit middelonderdeel aanvullend wordt betoogd door de verzoekende partijen in hun memories, te dezen niet in het debat mag worden betrokken en niet dienstig het middelonderdeel kan ondersteunen; dat immers niet is aangetoond dat die argumenten niet reeds in het inleidend verzoekschrift konden worden aangebracht; dat het besproken middelonderdeel niet ontvankelijk is;

Overwegende, wat het tweede middelonderdeel betreft, dat de verzoekende partijen daarin stellen dat het bijzonder bestek “niet vermag”, eensdeels, in zijn artikel 17 van Deel 1, als verplicht bij de offerte te voegen stukken, een “gedetailleerde beschrijving die de verschillende toewijzingscriteria kan verduidelijken” op te leggen en, anderdeels, in zijn artikel 1.3. van Deel 2 “deze onwettige verplichting uit te leggen wat betreft de plannen van de steigers”; dat aldus de verzoekende partijen tweemaal louter affirmeren dat een bepaalde inhoud van besteksbepalingen niet toegelaten is, zonder echter concreet aan te geven op welke wijze aldus een rechtsregel wordt geschonden en dewelke; dat dienvolgens dit middelonderdeel zoals het eerste geen rechtsmiddel bevat; dat betreffende hetgeen de verzoekende partijen aanvullend betogen in hun memories en kan worden betrokken op de bedoelde besteksbepalingen, hetzelfde moet worden vastgesteld als bij de bespreking van het eerste middelonderdeel, namelijk dat niets daarvan niet reeds in het inleidend verzoekschrift kon worden verwoord, nu de verzoekende partijen bij het instellen van hun vordering het bestek kenden zodat die argumenten niet meer dienstig het middelonderdeel kunnen ondersteunen; dat het tweede middelonderdeel niet ontvankelijk is evenmin als het eerste, zodat het middel in zijn geheel niet ontvankelijk is;

Overwegende dat bij gebrek aan ontvankelijke middelen het beroep moet worden verworpen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 297,48 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen, elk voor een derde.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zevenentwintig juni 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.