

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 130.774 van 29 april 2004
in de zaak A. 57.363/XII-1902.**

In zake : de NV ALGEMENE ONDERNEMINGEN AERTS,
met zetel te Lier,
Paaistraat 9

tegen :

de CVBA GEELSE BOUWMAATSCHAPPIJ,
met zetel te Geel,
Kameinestraat 3

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

Gezien het verzoekschrift dat de NV Algemene Ondernemingen Aerts op 7 april 1994 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing om over te gaan tot heraanbesteden van de werken tot verbouwen van een schoolgebouw tot 9 woningen en gemeenschapslokalen te Kerkstraat 8 te Laakdal - Groot-Vorst en niet toe te wijzen”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 20 april 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 12 september 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 14 oktober 2003;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat K. Turkry, die loco advocaat D. Beyens verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat L. Vankerckhoven, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het andersluidend 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 als volgt kunnen worden samengevat :

1.1. De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor de voormelde opdracht. De opdracht bevat twee loten : lot 1 betreft negen woongelegenheden en lot 2 gemeenschapslokalen.

1.2. Er blijkt één geldige inschrijving te zijn ingediend : deze van de verzoekende partij. Haar prijzen bedragen 15.147.930 frank voor lot 1 en 3.562.594 frank voor lot 2.

1.3. Bij brief van 3 augustus 1993 vraagt de ontwerper een verantwoording voor de eenheidsprijs van post 31.2.1. - Daktimmerwerken, die 125.000 frank/m³ bedraagt.

De verzoekende partij geeft een verantwoording met een brief van 11 augustus 1993.

1.4. De ontwerper komt in zijn verslag van 16 augustus 1993 tot het besluit dat de prijs voor het daktimmerwerk een uitzonderlijke prijs is en dat de gegeven verantwoording opgesteld is in functie van het te bereiken resultaat en niet van de reële kosten : hij vindt het meer gepast die werken uit de aanbesteding te halen en ze door een andere aannemer te laten uitvoeren tegen een meer normale eenheidsprijs.

Hij stelt vast dat de prijs van de verzoekende partij de raming overschrijdt : voor lot 1 met 16,9 %, voor lot 2 met 20,6 %.

1.5. Het directiecomité van de verwerende partij beslist op 2 september 1993 de opdracht toch toe te wijzen aan de verzoekende partij, aan de voormelde prijzen, BTW niet inbegrepen.

Bij brief van 7 september 1993 zendt de verwerende partij het dossier aan de Vlaamse Huisvestingsmaatschappij (hierna : VHM).

1.6. De raad van bestuur van de verwerende partij bekrachtigt op 16 september 1993 de voormelde beslissing van het directiecomité.

1.7. Bij brief van 29 oktober 1993 wordt aan de verzoekende partij een verlenging van de geldigheidsduur van haar offerte met 60 kalenderdagen gevraagd : de verzoekende partij antwoordt met een brief van 10 november 1993.

1.8. Bij brief van 8 november 1993 deelt de VHM aan de verwerende partij mee dat uit het onderzoek van het dossier gebleken is wat volgt :

“-slechts één aannemer, nl. de N.V. Algemene Ondernemingen Aerts, een offerte heeft ingediend waardoor er moeilijk sprake kan zijn van concurrentiële en bijgevolg scherpe prijzen;
- de door de aannemer opgegeven eenheidsprijs voor de door hem gesignaleerde en aanvaarde leemten voor art. 31.2.1 'Daktimmerwerk' abnormaal hoog liggen; [dat hun] diensten daar onmogelijk mee akkoord [kunnen] gaan;
- het verschil tussen de geraamde kostprijs der werken en de offertebedragen voor de percelen 1 en 2 respectievelijk 24% en 20,6% bedraagt, hetgeen een uitermate groot verschil is”;

Volgens de VHM is het passend dat geen gunstig gevolg zou worden gegeven aan de aanbestedingsuitslag en dat er een heraanbesteding zou plaatsvinden op grond van een dossier waarin de fouten zijn weggewerkt, die ingevolge de aanbesteding aan het licht zijn gekomen.

De VHM vraagt aan de verzoekende partij mede te delen dat geen gevolg aan de aanbesteding zal worden gegeven, overeenkomstig artikel 37, § 3, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

1.9. Met een brief van 6 december 1993 deelt de directeur van de verwerende partij, gevolg gevend aan de voormelde brief van de VHM van 8 november 1993, aan de VHM kopie mede van een brief aan de inzake subsidiëring bevoegde Vlaamse minister.

1.10. In het Bulletin der Aanbestedingen van 18 februari 1994 wordt de nieuwe openbare aanbesteding aangekondigd;

2. Over de gegrondheid van het beroep.

2.1.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending aanvoert van de artikelen 1, § 1, en 12, § 1, van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, doordat haar offerte niet is gekozen, terwijl de regelgeving inzake overheidsopdrachten tot doel heeft een automatisme te doen werken ten gunste van de laagste regelmatige inschrijver en vertrouwen en verwachting was gewekt dat de opdracht haar zou worden gegund, nu haar werd gevraagd de geldigheidsduur van haar offerte te verlengen en een voorstel om aan haar te gunnen aan de VHM werd doorgezonden;

2.1.2. Overwegende dat de verzoekende partij nergens in haar verzoekschrift verduidelijkt op welke wijze de bestreden beslissing artikel 1, § 1, van de voormelde wet van 14 juli 1976 schendt; dat het middel in zoverre niet ontvankelijk is;

Overwegende voorts, dat artikel 12, § 1, van dezelfde wet bepaalt dat “wanneer de bevoegde overheid beslist de opdracht te gunnen, deze [moet] worden toevertrouwd aan de inschrijver die de laagste regelmatige inschrijving heeft ingediend”; dat te dezen de verwerende partij heeft beslist de opdracht uiteindelijk niet te gunnen, zodat de voorwaarde waarvan de bedoelde rechtsplicht afhankelijk is, niet is vervuld en de bepaling dienvolgens niet van toepassing is; dat in de voormelde wet dus geen sprake is van een volstrekt automatisme waarvan de verzoekende partij uitgaat; dat zulks ook blijkt uit artikel 15, § 1, van die wet, luidens welke bepaling het volgen van de procedure van aanbesteding geen verplichting medebrengt om de opdracht toe te wijzen en de bevoegde overheid kan afzien van het gunnen van de opdracht of de procedure kan herbeginnen; dat in zoverre het middel niet gegrond is;

2.2.1. Overwegende dat de verzoekende partij een tweede middel steunt op schending van artikel 37, § 3, van het voormelde koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, doordat de bestreden beslissing, om geen gevolg te geven aan de aanbesteding, niet ter kennis is gebracht aan de verzoekende partij, die de laagste regelmatige inschrijving heeft ingediend;

2.2.2. Overwegende dat een gebrek in de kennisgeving van een bestuurshandeling in principe de onrechtmatigheid van de beslissing zelf niet aantoonst; dat ook te dezen moet worden aangenomen dat het aangevoerde gebrek in de kennisgeving en dienvolgens het middel niet tot de gevraagde nietigverklaring kan leiden, des te meer omdat de verzoekende partij in haar verzoekschrift haar grief enkel ondersteunt door te betogen, op een weinig duidelijke wijze “dat dit geen geval is van beslissing om geen gevolg te geven aan de aanbesteding maar dat wel gevolg wordt gegeven op een andere wijze (met beslissing tot heraanbesteding) waarover verzoekster niet werd ingelicht en waardoor zij in een gediscrimineerde positie werd verdrongen”; dat het middel niet wordt aanvaard;

2.3. Overwegende dat de verzoekende partij in een derde middel de schending aanvoert van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, doordat de motivering van de heraanbesteding “diende gemeld te zijn geweest aan verzoekster”; dat zij echter in een vierde middel, “in meest ondergeschikte orde” aangebracht, betoogt dat er geen enkele rechtvaardiging kan zijn voor de bestreden beslissingen en reeds in haar memorie van wederantwoord de materiële motieven bespreekt en betwist, die de verwerende partij aanbrengt als de motieven van de bestreden beslissingen; dat zij aldus bij het derde middel geen belang heeft, nu zij de materiële motieven blijkt te kennen en aan te vechten;

2.4.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een vierde middel de schending aanvoert van artikel 15, § 1, van de voormelde wet van 14 juli 1976, doordat er voor het herbeginnen van de procedure geen enkele rechtvaardiging kan zijn; dat dit middel in de memorie van wederantwoord nader wordt uitgewerkt; dat de verzoekende partij daarbij meer bepaald stelt dat de door de VHM in de brief van 8 november 1993 aangebrachte motieven “niet eens tegenstelbaar zijn” aan de verzoekende partij; dat zij voorts die motieven “als totaal niet ter zake dienend afwijst ook naar inhoud op zich”; dat zij, wat de motieven inzake te hoge

inschrijvingsprijzen betreft, deze elke feitelijke grondslag ontzegt, nu de raad van bestuur van de verwerende partij in de eerste procedure aan de verzoekende partij wilde gunnen aan de door haar geboden prijs en na heraanbesteding de opdracht zelfs voor een hoger inschrijvingsbedrag heeft toegewezen dan het offertebedrag dat de verzoekende partij in de eerste procedure bood en stelt dat “vergelijking met de raming” aldus zinloos was; dat de verzoekende partij voorts, betreffende het motief van de abnormaal hoge eenheidsprijs voor dakwerken, dat motief in tegenstrijd bevindt met het aanbestedingsverslag;

2.4.2. Overwegende dat de motieven door de VHM verwoord in haar voormelde brief van 8 november 1993 ook moeten worden aangemerkt als de motieven van de bestreden beslissingen; dat te dezen immers de verwerende partij, daartoe aangezet door de VHM, heeft beslist de lopende procedure stop te zetten en een heraanbesteding uit te schrijven; dat niet kan worden betwijfeld en blijkt uit de voormelde brief van 6 december 1993 van de verwerende partij, dat de motieven daartoe dezelfde waren als de redenen die de VHM in haar brief van 8 november 1993 heeft opgegeven om vast te stellen dat beter geen gunstig gevolg werd gegeven aan de uitslag van de eerste aanbesteding;

Overwegende voorts, wat de motieven zelf betreft, dat het eerste motief verwijst naar de ene geldige inschrijving van de verzoekende partij; dat het in rechte aanvaardbaar is dat dergelijke omstandigheid doet twijfelen aan het feit of de geboden prijzen van die ene inschrijver concurrentieel zijn en dat op grond van dat motief wordt beslist niet te gunnen en een nieuwe procedure in te zetten, teneinde na te gaan of toch geen meer voordelige prijzen kunnen worden verkregen;

Overwegende, wat het tweede motief betreft, dat de vaststelling van verschillen tussen de raming en de door een enige inschrijver geboden prijzen, voor de beide betrokken loten, telkens ten belope van meer dan 20 %, eveneens een rechtsgeldig motief is om er de bestreden beslissingen op te steunen; dat het feit dat het opdrachtgevend bestuur bereid was om te gunnen, en, later, bij de tweede procedure, effectief heeft gegund aan dergelijke prijzen, niet met zich meebrengt dat het besproken motief zijn draagkracht verliest;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat volgt dat de bestreden beslissingen grondslag vinden in de twee besproken motieven die in rechte aanvaardbaar zijn en zelfs elk op zich die beslissingen kunnen verantwoorden; dat

dienvolgens het derde motief, dat slechts de prijs van een der posten betreft, als overtoollig voorkomt zodat de grieven die daartegen worden aangebracht, niet moeten worden onderzocht; dat het gegrond ervan bevinden immers niet tot nietigverklaring van de bestreden beslissingen kan leiden; dat ook het vierde middel 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 99,16 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op negenentwintig april 2004, door de XI^e 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.