

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 70.887 van 20 januari 1998
in de zaak A. 41.677/XII-70.**

In zake : de b.v.b.a. Algemene Ondernemingen AERTS,
gevestigd te Lier,
Industriezone "Hagenbroek",
Paaistraat 9

tegen :

de Regie der Gebouwen, vertegenwoordigd door
de Minister Openbare Werken, Vervoer en
Ruimtelijke Ordening.

tussenkommende partij :

de n.v. Bouwbedrijf BORGMANS,
gevestigd te VOSSELAAR,
Zwartgoorweg 3.

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
b.v.b.a. Algemene Ondernemingen AERTS op 7 december 1989
heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van "de
beslissing, kenbaar aan verzoekster sinds 20.10.89,
waarbij de brandbeveiligingswerken en instaatstellings-
werken aan het Gerechtshof 'Kasteel' te Turnhout,
ingevolge openbare aanbesteding d.d. 13.10.88 werden
toegewezen aan de firma BORGMANS uit Vosselaar in plaats
van aan verzoekster";

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst
van 22 oktober 1990;

Gelet op de beschikking van 25 oktober 1990
die de tussenkomst van de n.v. Bouwbedrijf BORGMANS
toelaat;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door Auditeur J. STEVENS;

Gelet op de beschikking van 15 mei 1992 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 regelmatig gewisselde laatste memories;

Gelet op de beschikking van 18 oktober 1993 waarbij het door de Auditeur-generaal aangestelde lid van het Auditoraat wordt gelast het onderzoek van de zaak volledig af te doen;

Gezien het aanvullend verslag opgemaakt door Auditeur J. STEVENS;

Gelet op de beschikking van 20 juni 1994 die de neerlegging ter griffie van het aanvullend verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de regelmatig gewisselde laatste memories;

Gelet op de beschikking van 12 september 1997 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 4 november 1997;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter J. BORRET;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat M. VEGA, die loco Advocaat D. BEYENS verschijnt voor de verzoe- kende partij, en van Advocaat G. VRINTS, die loco Advocaat H. HENDRICKX verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van 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 11 februari 1988 wordt een openbare aanbesteding gehouden betreffende de brandbeveiligings- en vloerverstevigingswerken (bestek C9/2477) aan het Gerechtshof "Kasteel" te Turnhout; twee inschrijvingen worden ingediend door de n.v. Bouwbedrijf BORGMANS en de b.v.b.a. Algemene Ondernemingen AERTS.

1.2. Op 26 mei 1988 wordt besloten deze procedure zonder gevolg te laten en over te gaan tot een nieuwe openbare aanbesteding (bestek C9/2477/H). De opening van de inschrijvingen vindt plaats op 13 oktober 1988, met volgend resultaat :

- de b.v.b.a. Algemene Ondernemingen AERTS : 4.109.738 frank
- de n.v. Bouwbedrijf BORGMANS : 4.397.040 frank
- de b.v.b.a. van BROEKHOVEN : 4.472.680 frank.

In het toepasselijke bestek wordt onder "Artikel 1 - F. Erkenning" bepaald :

"De werken die het voorwerp uitmaken van deze opdracht zijn gerangschikt in de o/categorie D 24".

1.3. De verzoekende partij vermeldt op pagina 2 van haar inschrijving inzake erkenning "D/6" en voegt een nota bij "Aanvraag tot afwijking" waarin zij uiteenzet dat de opdracht "naar inhoud het aanbestedingsdossier niet onder de ondercategorie D 24 valt vermits het hoofddeel van de werken bouwkundige aanpassings- en stabiliteitswerken zijn die normaal onder categorie D (of D 1) vallen".

1.4. De verwerende partij vraagt aan de Commissie voor Erkenning van de Aannemers of "de inschrijving van verzoekende partij als ontvankelijk kan worden beschouwd".

1.5. Met een brief van 11 januari 1989 deelt de voorzitter van voormelde Commissie aan de verwerende partij mede dat de afwijkingsmogelijkheden strikt gereguleerd worden door artikel 6, § 1, van het ministerieel besluit van 13 augustus 1982, dat zij beperkt zijn tot twee gevallen en dat, aangezien aan geen enkel van die voorwaarden is voldaan, de aanvraag als onontvankelijk te beschouwen is.

1.6. De Regie der Gebouwen, Dienst Antwerpen, stelt in een nota van 18 januari 1989 aan de directeur-generaal voor het bod van de n.v. Bouwbedrijf BORGMANS goed te keuren.

1.7. Bij brief van 27 juni 1989 deelt het Ministerie van Openbare Werken aan de Regie der Gebouwen, Dienst Antwerpen, de goedkeuring mede van de inschrijving van de n.v. Bouwbedrijf BORGMANS, vermeldend dat de laagste inschrijving geweerd werd daar ze niet beantwoordt aan de erkenningsvoorwaarden opgelegd door het bestek.

1.8. De verzoekende partij stelt van de toewijzingsbeslissing kennis gekregen te hebben door de publicatie in "De Bouwkroniek" van 20 oktober 1989.

2. Over de ontvankelijkheid van het beroep.

2.1.1. Overwegende dat de verwerende partij opwerpt dat het beroep ingediend meer dan één jaar nadat de verzoekende partij in kennis was gesteld van de aanbestedingsvoorwaarden als onontvankelijk ratione temporis moet worden verworpen;

2.1.2. Overwegende dat de verzoekende partij antwoordt dat het beroep niet gericht is tegen de aanbestedingsvoorwaarden van het bestek, maar tegen de toewijzingsbeslissing aan de firma BORGMANS, waarvan zij op 20 oktober 1989 via de publicatie in de gespecialiseerde pers kennis heeft gekregen; dat zij betoogt dat zij er kon van uitgaan dat de verwerende partij ingevolge haar opmerking gevoegd bij haar nota dat de in het bestek vereiste erkenning niet correct was, een nieuwe beslissing zou nemen; dat zij in haar laatste memorie na kennisneming van het eerste auditoraatsverslag van 17 april 1992 er aan toevoegt dat zodanige beslissing onder meer kon zijn de niet-toewijzing van de opdracht en het herbeginnen van de procedure op basis van een nieuw bestek, zodat zij nog geen belang had om binnen de zestig dagen na kennisneming van de besteksbepalingen daarvan de vernietiging te vorderen;

2.1.3. Overwegende dat de verzoekende partij bij haar inschrijving volgende nota heeft gevoegd :

"Aanvraag tot afwijking.
In toepassing van art. 10 § 2 KB 09/08/1982 tot vaststelling van de toepassingsmaatregelen van de besluitwet 03/02/1947 houdende regeling van de erkenning van de aannemer, doch naar inhoud valt het onderhavig aanbestedingsdossier niet onder de ondercategorie D24 vermits het hoofddeel van de werken

bouwkundige aanpassings- en stabiliteitswerken zijn die normaal categorie D (of D1) vallen; van een echte restauratie is hier geen sprake derhalve kan (volgens eerdere uitspraken Raad van State) aan dit soort werk meegedongen worden door aannemers die erkend zijn in categorie D.

Immers het is finaal de inhoud van het dossier die de vereiste categorie definieert ook al is in de aankondiging een andere categorie (blijkbaar per vergissing) aangegeven.

...";

dat, alzo opgesteld, die nota moet worden begrepen als bevattende eensdeels een opmerking dat de in het bestek vereiste erkenning foutief is, anderzijds een aanvraag tot het verkrijgen van een afwijking op haar bestaande erkenningen met betrekking tot de ondercategorie D 24, blijkbaar voor het geval het bestuur op zijn standpunt zou blijven dat de vereiste erkenning de ondercategorie D 24 moet zijn; dat dienvolgens de verzoekende partij er reden toe had om te wachten tot de verwerende partij een toewijzingsbeslissing had genomen, die meteen een antwoord op haar opmerking of op haar aanvraag tot afwijking bevatte, om dan die beslissing voor de Raad van State aan te vechten, op grond van annulatiemiddelen ontleend aan de onwettigheid van het bestek; dat de exceptie niet kan worden aangenomen;

2.2.1. Overwegende dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift als middel aanvoert :

"De toewijzingsbeslissing, kenbaar aan verzoekster per 20.10.89, waarbij de openbare aanbesteding dd 13.10.88 werd toegewezen aan de firma BORGMANS uit Vosselaar, is aangetast door machtsoverschrijding en door overtreding van substantiële en op straf van nietigheid voorgeschreven vormen om volgende redenen :

(1) Overeenkomstig art. 12 § 1 van de Wet van 14 juli 1976, betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, dient de opdracht toegewezen aan de laagste regelmatige inschrijving, in casu deze van verzoekster.

Door de inschrijving van verzoekster niet te weerhouden en/of toe te wijzen, schendt tegenpartij de fundamentele beginselen van art. 12 § 1 W 14.7.76.

- (2) Overeenkomstig art. 10 §§ 2 en 3 van het KB dd 09.08.82, tot vaststelling van de toepassingsmaatregelen van de Besluitwet van 03.02.47, voegde verzoekster een aanvraag tot afwijking toe aan zijn inschrijving dd. 13.10.88 (zie bijlage 1). Tegenpartij heeft verzoekster nimmer in kennis gesteld van het gevolg van deze aanvraag tot afwijking, welke volkomen rechtsgeldig werd toegevoegd aan de inschrijving dd 13.10.88. Trouwens, verzoekster merkte bij zijn aanvraag tot afwijking op dat de jure de in het bijzonder bestek vereiste erkenning (ondercategorie D 24, klasse 1) foutief was, daar de uit te voeren werken gewone bouwkundige aanpassings- en stabiliteitswerken zijn, die normaal onder de categorie D (of D 1) ressorteren ! Dit werd trouwens reeds per 11.02.88 door verzoekster opgemerkt bij de oorspronkelijke openbare aanbesteding. De in het bijzonder bestek vereiste erkenning van ondercategorie D 24, betreft restauratiewerken van monumenten, wat in casu niet het voorwerp der werken was (- brandbeveiligingswerken - en in staatsstellingswerken -) ! - zie de beschrijving der werken (bijlage 2, pagina 10 t.m. 61";

2.2.2. Overwegende dat de verwerende partij antwoordt dat de inschrijving van de verzoekende partij niet regelmatig is omdat deze niet over de in het bestek vereiste erkenning beschikt en zij met het oog op het verkrijgen van de gevraagde afwijking geen "attest van volledig ingediend dossier" bij haar inschrijving heeft gevoegd, zoals voorgeschreven bij artikel 11, 2e lid, van het koninklijk besluit van 9 augustus 1982 en bij artikel 6, § 1, van het ministerieel besluit van 13 augustus 1982; dat wat de vereiste erkenning betreft, zij doet gelden dat "gelet op de specialiteit en het klasseringsbesluit dat het betrokken gebouw getroffen heeft, geen andere categorie dan D 24 kon voorgeschreven worden";

2.2.3. Overwegende dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord betoogt dat de aanbestede werken als omschrijving hebben "Brandbeveiligingswerken en instaatstellingswerken aan het Gerechtshof 'Kasteel', Kasteelplein 1 te Turnhout", zonder dat er sprake is van "de restauratie van een monument" zoals ondercategorie

D24 vereist, dat brandbeveiligings- en instaatstellingswerken ressorteren onder algemene aannemingen en niet onder saneren, het in stand houden of het in zijn oorspronkelijke staat terugbrengen van geklasseerde gebouwen "of iets dergelijks"; dat zij voorts naar voren brengt dat de uit te voeren posten hoofdzakelijk brandbeveiligingswerken betreffen, te weten de posten 20, 21, 22, 23, 24, 25, 32, 34, 38, 39 en 46, die volgens haar inschrijving 70,33 % der uit te voeren werken vertegenwoordigen, dat de overige posten afbraakwerken, opstellen van plaatsbeschrijvingen, schilderwerken en herstellen van gewoon schrijnwerk bevatten, hetgeen bezwaarlijk een erkenning in de ondercategorie D 24 vereist, dat het gegeven dat het om werken in een geklasseerd gebouw gaat niet relevant is, aangezien niet het gebouw op zich bepalend is voor de erkenning in ondercategorie D 24 doch wel de aard der uit te voeren werken; dat zij in haar laatste memorie benadrukt dat eerst moet worden nagegaan of er al dan niet een verkeerde kwalificatie was inzake de geëiste erkenning, vooraleer uitspraak kan worden gedaan over de schending van artikel 12 van de wet van 14 juli 1976;

2.2.4.1. Overwegende dat, waar het voor de verzoekende partij in de onderhavige zaak op aankomt, is te horen zeggen voor recht dat de vereiste erkenning in de ondercategorie D 24 foutief was en steunde op een verkeerde kwalificatie van de werken; dat het aan de verzoekende partij is om de Raad van State van haar gelijk te overtuigen via een of meerdere in haar verzoekschrift aangevoerde middelen;

2.2.4.2. Overwegende dat de verzoekende partij zich in haar verzoekschrift er toe bepaalt te stellen dat de uit te voeren werken gewone bouwkundige aanpassings- en stabiliteitswerken zijn die normaal onder de categorie D of D1 ressorteren en dat de in het bijzonder bestek vereiste erkenning van ondercategorie D 24 restauratie-

werken van monumenten betreft hetgeen "niet het voorwerp der werken was (-brandbeveiligingswerken- en instaatstellingswerken-) ! -zie de beschrijving der werken (bijlage 2, pagina 10 t.m. 61"; dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift nalaat ook maar enige concrete toelichting te verstrekken waarom naar haar oordeel de onderhavige werken als gewone bouwkundige aanpassings- en stabiliteitswerken moeten worden gekwalificeerd ofschoon het werken betreft in een als monument geklasseerd gebouw, onder meer werken aan de meestertoren, daterend uit de twaalfde eeuw; dat zij zich er toe beperkt eensdeels de titel van het bestek over te nemen zonder enig inhoudelijk onderzoek van het bestek, anderdeels de titel van de ondercategorie D 24 over te schrijven zonder enige toelichting of zonder op de onderhavige zaak toegepast onderzoek van de onder die titel ressorterende bepalingen, die veel meer zeggen dan de titel; dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord dan wel op uitvoerige wijze argumenten aanbrengt om te pogen de in haar verzoekschrift geponeerde stelling te staven; dat die argumenten niet zijn gesteund op gegevens die de verzoekende partij enkel kon kennen door inzage van het ter griffie van de Raad van State neergelegde administratief dossier; dat, immers, de verzoekende partij op het tijdstip van het indienen van haar verzoekschrift kennis had van het bestek, van de samenvattende opmetingsstaat en van andere stukken van het dossier die haar in staat stelden haar middel duidelijk en concreet te formuleren en haar stelling de nodige bewijskracht te geven; dat dienvolgens zij zich niet mocht beperken tot de blote bewering dat restauratie niet het voorwerp was van de werken en dat de uit te voeren werken normaal onder de categorie D of D1 ressorteren; dat bij gebreke aan enig middel dat voldoet aan artikel 2, § 1, 2°, van het procedurereglement, het beroep onontvankelijk is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op vierduizend frank, komen ten laste van de verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op drieduizend frank, komen ten laste van de tussenkomende partij;

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op twintig januari 1900 achtennegentig, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	J. BORRET,	kamervoorzitter,
	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
	J. BAERT,	staatsraad,
Mevr.	A. TRUYENS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

A. TRUYENS.

J. BORRET.