RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 72.321 van 10 maart 1998
in de zaak A. 27.591/XII-276.

In zake : de b.v.b.a. TR.EL.,
die woonplaats kiest bij
Advocaat J. DUPUIS,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Haachtsesteenweg 179

tegen :

1. het Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Gent,
2. de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de Minister van Volksgezondheid,
3. de Vlaamse Gemeenschap, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering.

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. TR.EL. op 4 augustus 1981 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van de beslissing van het O.C.M.W. van Gent, ter kennis gebracht met aangetekende brief van 26 juni 1981, waarbij haar offerte wordt afgewezen en de opdracht voor het leveren en het plaatsen van bedhoofdarmaturen, energiebalken en medische hangers in het ziekenhuis "De Bijloke" te Gent aan een andere aannemer wordt toegewezen, alsmede van de goedkeuring van die beslissing;

Gezien de memories van antwoord van de tweede en de derde verwerende partij en de memorie van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door Adjunct-auditeur J. STEVENS;

Gelet op de beschikking van 10 augustus 1990 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 van de verzoekende partij en van de eerste verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 1 april 1992 waarbij Prof. dr. ir. W. GEYSEN als deskundige wordt aangesteld;

Gelet op het verslag van de deskundige;

Gelet op de beschikking van 17 mei 1994 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 7 juni 1994, datum waarop de zaak voor onbepaalde tijd wordt uitgesteld;

Gelet op de beschikking van 16 juni 1994 waarbij het door de Auditeur-generaal aangestelde lid ermede wordt belast een aanvullend verslag op te maken;

Gezien het verslag overeenkomstig artikel 13 van de procedureregeling opgemaakt door Auditeur J. STEVENS;

Gelet op de beschikking van 6 februari 1995 die de neerlegging ter griffie van het verslag overeenkomstig artikel 13 van de procedureregeling en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen en gezien de laatste memories van de verzoekende partij en van de eerste verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 14 januari 1998 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 24 februari 1998;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter J. BORRET;

Gehoord de opmerkingen van Advocaten J. DUPUIS en J. MESPREUVE, die verschijnen voor de verzoekende partij, en van Advocaat P. LAGAE, die verschijnt voor de eerste verwerende partij;

Gehoord het andersluidend 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. Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. Het O.C.M.W. van Gent schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor het leveren en het plaatsen van bedhoofdarmaturen, energiebalken en medische hangers in het ziekenhuis "De Bijloke".

Blijkens het proces-verbaal van 14 januari 1981 van de opening der inschrijvingen zijn zes inschrijvingen ingediend, onder meer door verzoekster en door de n.v. ACEC.

1.2. In zijn verslag van nazicht van 16 februari 1981 stelt de ontwerper, Prof. ir. arch. J.L. CNOPS, als besluit :

> "Gezien de beangrijkheid van de opmerkingen stellen wij voor om de inschrijvingen TREL en BALLINGS te verwerpen.

Deze armaturen zijn naar onze mening kwalitatief en technisch onaanvaardbaar.
Wij stellen dan ook voor om deze aanneming toe te wijzen aan de firma ACEC.
...".

1.3. De Raad van het O.C.M.W. van Gent neemt op 4 maart 1981 de volgende beslissing :

"...
Aangezien in de offerte van de inschrijvers N.V. (lees P.V.B.A.) TREL en N.V. A. BALLINGS de armaturen kwalitatief en technisch onaanvaardbaar zijn, dit volgens het verslag van de ontwerper, wordt de laagste conforme inschrijver de firma N.V. ACEC voorgesteld de werken uit te voeren.
...
Besluit :
1. Overeenkomstig het verslag van dhr. Prof. J.L. CNOPS en onder voorbehoud van de vereiste goedkeuring van de hogere overheid, wordt de aanbieding van de N.V. ACEC aanvaard voor de som van 20.064.599 Fr + BTW;
2. De financiering te verzekeren door middel van :
a) een staatstoelage van 60 %;
b) ...".

1.4. De Commissie voor Oriëntatie en Coördinatie van de Overheidsopdrachten meldt met een brief van 1 april 1981 aan de Staatssecretaris voor de Vlaamse Gemeenschap :

"De Commissie neemt akte van het feit dat de ingediende offerte van de firma TREL de laagste in prijs is en nagenoeg uitsluitend materiaal van Belgische oorsprong omvat. Niettegenstaande deze belangrijke elementen wordt vastgesteld dat haar offerte niet met de technische eisen van het bestek overeenstemt en dat het departement van Volksgezondheid een antwoord heeft gegeven aangaande de juridische aspecten van het dossier, die door de firma TREL waren opgeworpen.
Hiermede rekening houdend sluit de Commissie zich aan bij het voorstel van het departement om de opdracht toe te wijzen aan de firma ACEC.".

1.5. Met een brief van 22 mei 1981 deelt de Staatssecretaris voor de Vlaamse Gemeenschap aan de gouverneur van de provincie Oost-Vlaanderen mede dat

gezien de urgentie van dit dossier en het gunstig advies van de C.O.C. er zich niets tegen verzet dat de uitvoering van de opdracht wordt toevertrouwd aan de firma n.v. ACEC.

2. Overwegende dat de eerste verwerende partij haar memorie van antwoord heeft ingediend op 31 maart 1988, dat wil zeggen meer dan zes en een half jaar na ontvangst van een afschrift van het verzoekschrift; dat verzoekster terecht vraagt dat die memorie als processtuk uit de debatten wordt geweerd;

3. Overwegende dat de Belgische Staat terecht vraagt als verwerende partij buiten de zaak te worden gesteld; dat hij immers in de zaak geen enkele beslissing heeft genomen, alleen maar de Staatssecretaris voor de Vlaamse Gemeenschap van advies heeft gediend;

4. Overwegende dat wel de Vlaamse Gemeenschap als verwerende partij in de zaak dient op te treden; dat, immers, de onder 1.5. vermelde beslissing is genomen door een orgaan van die rechtspersoon; dat dit orgaan trouwens de memorie van antwoord als "derde verwerende partij" medeondertekend heeft; dat het in weerwil van wat in die memorie wordt betoogd, het er niet toe doet dat in het verzoekschrift dat orgaan een orgaan van de Belgische Staat wordt genoemd;

5. Overwegende dat de Vlaamse Gemeenschap, verwerende partij, opwerpt : "Verzoekster bewijst niet dat zij op regelmatige wijze vertegenwoordigd is door de bevoegde organen, meer bepaald :
- dat zij in rechte vertegenwoordigd wordt door haar zaakvoerder FEYENS en door hem alleen.
- dat het bevoegde orgaan (zoals beweerd de zaakvoerder FEYENS) op een regelmatige manier de beslissing heeft genomen om een verzoekschrift tot nietigverklaring in te

dienen"; dat zij concludeert dat het beroep als onontvankelijk verworpen moet worden;

5.1. Overwegende dat in de zaak die geleid heeft tot ’s Raads arrest nr. 19.448, p.v.b.a. TR.EL. van 16 februari 1974 een analoge exceptie werd opgeworpen; dat de Raad ze heeft afgewezen; dat aangezien in de onderhavige zaak de feitelijke omstandigheden dezelfde zijn en aangezien de Raad geen reden ziet om een ander standpunt in te nemen dan in zijn arrest nr. 19.448, hij ook in de huidige zaak de exceptie afwijst;

6. Overwegende dat verzoekster als annulatiemiddel aanvoert dat haar inschrijving ten onrechte wegens niet-conformiteit met de technische eisen van het bijzonder bestek werd geweerd en dat daarentegen de inschrijving van de n.v. ACEC, aan wie de opdracht werd toegewezen, als niet conform had moeten worden geweerd;

6.1. Overwegende dat bij beschikking nr. 4380 van 1 april 1992 de Raad Prof. dr. ir. W. GEYSEN heeft aangesteld "met als opdracht in een met redenen omkleed verslag, na de overtuigingsstukken te hebben onderzocht en de partijen te hebben gehoord, na te gaan of de eerste en de derde verwerende partij onredelijk hebben gehandeld door de inschrijving van de verzoekende partij inzake de werken voor bedhoofdarmaturen, energiebalken en medische hangers in het ziekenhuis ’De Bijloke’ te Gent als technisch onaanvaardbaar en derhalve als niet conform te weren en de opdracht toe te wijzen aan de n.v. ACEC";

Overwegende dat in zijn verslag van 15 november 1993 de deskundige concludeert : "Het opdrachtgevend bestuur heeft bijgevolg vanuit technisch oogpunt onredelijk gehandeld door de inschrijving van de p.v.b.a. TR.EL. als technisch onaanvaardbaar en derhalve

als niet-conform te weren en de opdracht toe te wijzen aan de n.v. ACEC";

6.2. Overwegende dat de eerste verwerende partij de Raad vraagt in weerwil van de conclusie van het expertiseverslag het beroep te verwerpen;

6.2.1. Overwegende dat zij in hoofdorde stelt dat verzoekster de vaststellingen die de ontwerper in zijn verslag tot de zijne heeft gemaakt, als vals bestempelt en dat zolang dit verslag niet vals is bevonden door de bevoegde rechter, het geldt als bewijs van de erin opgenomen vaststellingen;

6.2.1.1. Overwegende dat de deskundige in zijn verslag de vaststellingen van de ontwerper niet overtuigend heeft geacht; dat hij echter die vaststellingen niet vals heeft bevonden; dat hij immers niet heeft gesteld dat het verslag van de ontwerper de waarheid vermomt, dat wil zeggen bewust een verkeerde vaststelling van de werkelijkheid geeft; dat hij niet meer stelt dan dat die vaststellingen onjuist zijn en, voor sommige vaststellingen zelfs minder, dat ze niet bewezen zijn; dat zich verlatend op het verslag van de deskundige de Raad er dus geenszins toe gedwongen is, toepassing te maken van artikel 51 van het procedurereglement;

6.2.2. Overwegende dat subsidiair de eerste verwerende partij tegen de conclusie van het expertiseverslag inbrengt dat, na erkend te hebben dat er geen zekerheid bestaat of het bestuur al dan niet onredelijk heeft gehandeld, de deskundige vervolgt : "Voor het ontbreken van deze zekerheid stellen we echter vanuit technisch oogpunt het bestuur verantwoordelijk. Het bestuur heeft immers de prototypes niet bewaard en geen foto’s, filmen of dergelijke genomen en bewaard. Bijgevolg dient het bestuur de gevolgen te dragen van dit gebrek aan zorgvuldigheid" (p. 86 van het verslag,

punt 17) en in zijn definitieve besluiten stelt : "Het opdrachtgevend bestuur dient vanuit technisch oogpunt de gevolgen te dragen van het niet zorgvuldig bewaren of beschrijven van de prototypes" (p. 100 van het verslag, punt 8); dat de eerste verwerende dit standpunt betwist en daartoe betoogt :

> "Geen enkele administratieve of andere rechtsnorm verplicht een openbaar bestuur, wanneer het zijn gunningsbeslissing steunt op het verslag van nazicht van de door hem aangestelde ontwerper, ervoor te zorgen dat de modellen of prototypen, die deze ontwerper aan de inschrijvers heeft gevraagd om de beoordeling van hun inschrijvingen te vergemakkelijken, tegensprekelijk met de inschrijvers te beschrijven en te fotograferen, of te zorgen voor een tegensprekelijke bewaring ervan om -zo nodig- te kunnen dienen als bewijsmateriaal bij eventuele latere betwistingen.";

6.2.2.1. Overwegende dat de ontwerper de inschrijvingen van verzoekster en van de n.v. ACEC mede heeft beoordeeld aan de hand van prototypes die deze inschrijvers elk voor zich aan het bestuur hebben bezorgd; dat het bestuur niet mag doen alsof die beoordelingen voetstoots moeten worden aangenomen; dat de inschrijvers immers het recht hebben die beoordelingen van de offertes te betwisten; dat dit recht wordt verstoord wanneer het bestuur het onmogelijk maakt die beoordelingen aan de prototypes te toetsen; dat dus niet alleen vanuit een technisch oogpunt, het oogpunt van de deskundige, maar ook vanuit een juridisch oogpunt beschouwd, aan het bestuur het niet bewaren of beschrijven van de prototypes verweten kan worden; dat te dezen met name de op de toetsing aan die prototypes gebaseerde beoordelingen als niet afdoende bewezen moeten worden beschouwd, nu ze betwist werden door verzoekster en nu -daar geeft het expertiseverslag blijk van- ze niet een zo hoge graad van evidentie vertonen dat ze niet voor ernstige betwisting vatbaar waren;

6.2.3. Overwegende dat de verwerende partijen er niet toe gekomen zijn de conclusie van het expertiseverslag te ontkrachten; dat de Raad zich bij die conclusie aansluit; dat het middel gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De Belgische Staat wordt buiten de zaak gesteld.

Artikel 2.

Vernietigd worden :

1) de beslissing van 4 maart 1981 van de raad van het Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn van Gent, waarbij deze na de offerte van de b.v.b.a. TR.EL. te hebben afgewezen, de opdracht voor het leveren en het plaatsen van bedhoofd-armaturen, energiebalken en medische hangers in het ziekenhuis "De Bijloke" te Gent aan de n.v. ACEC toewijst,
2) de beslissing van 22 mei 1981 van de Staatssecretaris voor de Vlaamse Gemeenschap houdende goedkeuring van de sub 1 vermelde beslissing.

Artikel 3.

De kosten van het beroep, bepaald op zevenhonderd vijftig frank, komen ten laste van de verwerende partijen, elk voor de helft.

De kosten van het deskundig onderzoek, bepaald op tweehonderd achtenvijftig duizend vierhonderd negentig frank, komen eveneens ten laste van de verwerende partijen, elk voor de helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op tien maart 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.**