

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 73.591 van 12 mei 1998
in de zaak A. 73.413/XII-355.**

In zake : de b.v.b.a. AELTERMAN,
die woonplaats kiest bij
Advocaat C. DE WOLF,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Tervurenlaan 268a

tegen :

het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de
Vlaamse regering,
dat woonplaats kiest bij
Advocaat K. RONSE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Louizalaan 523.

tussenkomen de partijen :

1. de n.v. Victor BUYCK Steel Construction,
2. de n.v. HERBOSCH-KIERE,
samen vormend de tijdelijke vereniging
Victor BUYCK - HERBOSCH-KIERE,
die woonplaats kiezen bij
Advocaten P. MARNEF en J.-P. VAN CUTSEM,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Louizalaan 137, bus 1.

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. AELTERMAN op 20 maart 1997 heeft ingediend om
de vernietiging te vorderen van het besluit van
20 februari 1997 tot toewijzing van de aannemings-
opdracht bestaande uit het vernieuwen van de beneden-
deuren der sluizen te Olen en te Kwaadmechelen op het
Albertkanaal aan de tijdelijke vereniging Victor BUYCK -
HERBOSCH-KIERE;

Gelet op het arrest nr. 65.595 van 21 maart
1997 waarbij de voorlopige schorsing van de tenuitvoer-
legging van het bestreden besluit wordt bevolen;

Gelet op het arrest nr. 66.183 van 6 mei 1997 waarbij de voorlopige schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit wordt bevestigd;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 22 juli 1997;

Gelet op de beschikking van 24 september 1997 die de tussenkomst van de n.v. Victor BUYCK Steel Construction en de n.v. HERBOSCH-KIERE, samen vormend de tijdelijke vereniging Victor BUYCK - HERBOSCH-KIERE toelaat;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door Auditeur J. STEVENS;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 11 februari 1998 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 31 maart 1998;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter J. BORRET;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat C. DE WOLF, die verschijnt voor de verzoekende partij, van Advocaat F. VLASSENBRÖECK, die loco Advocaat K. RONSE verschijnt voor de verwerende partij en van Advocaat P. MARNEF, die verschijnt voor de tussenkomende partijen;

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

1.1. Voor de in het geding staande opdracht is een openbare aanbesteding gehouden. Vier inschrijvers hebben zich aangemeld, de tijdelijke vereniging gevormd door de tussenkomende partijen met een prijs van 74.720.811 frank, verzoekster met een prijs van 96.160.812 frank, de twee andere met een prijs van respectievelijk 102.040.846 frank en 115.095.611 frank.

1.2. Op 18 december 1996 wijst de verwerende partij het werk toe aan de tijdelijke vereniging gevormd door de tussenkomende partijen.

1.3. Met een ter post aangetekende brief van 16 januari 1997 wordt de goedkeuring van haar inschrijving betekend aan voornoemde tijdelijke vereniging.

1.4. Met zijn arrest nr. 64.349 van 3 februari 1997 schorst de Raad van State op vordering van de huidige verzoekster voorlopig de tenuitvoerlegging van de toewijzingsbeslissing. Als ernstig annulatiemiddel neemt hij in aanmerking de schending van onder meer artikel 20, § 5, juncto artikel 25, § 2 en § 3, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, welke bepalingen betrekking hebben op het geval waarin een inschrijver moet verantwoorden dat de door hem aangeboden prijs niet abnormaal is.

1.5. Het arrest wordt op 4 februari 1997 gefaxt aan de verwerende partij.

1.6. Met een ter post aangetekende brief van 5 februari 1997 verzoekt de verwerende partij de tijdelijke vereniging "dringend en liefst per kerende uw volledige inschrijving te willen verantwoorden"; zij verwijst daarvoor naar artikel 25, § 3, van het koninklijk besluit van 22 april 1977, dat, naar onder 2.4. is gezien, een van de bepalingen was waarop het in 's Raads arrest nr. 64.349 ernstig bevonden annulatiemiddel gebaseerd was.

1.7. Op 10 februari 1997 antwoordt de tijdelijke vereniging dat "alhoewel er reeds een definitief contract bestaat" zij bereid is de gevraagde verantwoording te geven, maar dat het geven van die verantwoording niet beschouwd mag worden als een verzaking van haar recht op schadeloosstelling waarover zij beschikt ingeval het werk haar onttrokken wordt.

1.8. Op 20 februari 1997 neemt de verwerende partij een "gemotiveerde gunningsbeslissing" waarbij zij, na overwogen te hebben dat de inschrijving van de tijdelijke vereniging regelmatig is, die inschrijving goedkeurt.

1.9. Met een ter post aangetekende brief van 21 februari 1997 meldt de verwerende partij aan de tijdelijke vereniging dat haar gunningsbeslissing van 18 december 1996 wordt ingetrokken en zendt ze haar een afschrift van de gunningsbeslissing van 20 februari 1997.

2. Overwegende dat verzoekster in het eerste onderdeel van haar eerste annulatiemiddel de schending aanvoert van voornoemd artikel 25, § 3, van het koninklijk besluit van 22 april 1977; dat zij ervan uitgaat dat de controle op het abnormaal karakter van de prijzen van een inschrijving die krachtens het aldaar bepaalde uitgevoerd dient te worden, plaats moet vinden

alvorens de overeenkomst gesloten wordt; dat zij stelt dat, doordat te dezen de overeenkomst met de tijdelijke vereniging op 16 januari 1997 gesloten was, de verwerende partij niet rechtsgeldig op 5 februari 1997 de tijdelijke vereniging om een nieuwe prijsverantwoording kon vragen, hetgeen trouwens het standpunt van de tijdelijke vereniging was, blijktens haar brief van 10 februari 1997; dat zij meent dat haar zienswijze aansluit bij de ratio legis van de ingeroepen bepaling, die immers het bestuur wil vrijwaren tegen het gevaar van een tegen een abnormale prijs gesloten overeenkomst; dat zij ook nog argumenteert dat het anders zien toelaten is dat een bestuur de verantwoordingsprocedure overdoet totdat een prijsverantwoording tot stand komt die het het bestuur mogelijk maakt de opdracht "met een schijn van regelmatigheid" te gunnen;

2.1. Overwegende dat de verwerende partij antwoordt dat wanneer zij om een nieuwe prijsverantwoording heeft gevraagd, zij zulks heeft gedaan ter uitvoering van 's Raads arrest nr. 64.349, waarin de gegeven prijsverantwoording onbevredigend werd geacht en zij zich zodoende naar de algemene regel heeft gedragen dat een administratieve rechtshandeling die door de Raad van State geschorst of vernietigd is, kan worden overgedaan met weglating van het in het arrest vastgestelde gebrek;

2.2. Overwegende dat de tussenkomenende partijen betogen dat meergenoemd artikel 25, § 3, voorschrijft dat het bestuur de abnormaliteit der prijzen moet nagaan vooraleer het een inschrijving "afwijst", dat in casu de inschrijving van de tijdelijke vereniging niet werd afgewezen, dat enkel een onvoldoende motivering van de beslissing waarbij de opdracht aan haar werd toegewezen door de Raad van State werd vastgesteld, welk gebrek dan werd verholpen;

2.3. Overwegende dat het onderdeel van het middel en het ertegen ingebrachte verweer getoetst moeten worden aan het effect van 's Raads schorsingsarrest nr. 64.349;

Overwegende dat toen dat arrest op 3 februari 1997 werd uitgesproken, het contract tussen de verwerende partij en de tijdelijke vereniging reeds tot stand was gekomen, op 16 januari 1997, doordat aan de tijdelijke vereniging kennis werd gegeven van de goedkeuring van haar inschrijving; dat artikel 36 van voormeld koninklijk besluit van 22 april 1977 immers bepaalt : "De opdracht is gegund wanneer aan de betrokken inschrijver kennis is gegeven van de goedkeuring van zijn inschrijving";

Overwegende dat, overeenkomstig hetgeen gesteld is onder 3.2.2.3. in 's Raads arrest nr. 40.734, n.v. EGTA CONTRACTORS ANTWERPEN, van 13 oktober 1992, als ook wanneer het contract reeds gesloten is het toch nuttig is dat de Raad van State de toewijzingsbeslissing schorst, het is omdat "enerzijds de schorsing van de toewijzingsbeslissing, die een schorsing inhoudt van de toestemming van één van de contracterende partijen, zijnde een geldigheidsvereiste van de overeenkomst, het bestuur er kan toe bewegen -al is het maar om zijn eigen schade te beperken- het contract niet verder uit te voeren en zich ten aanzien van zijn medecontractant voor de burgerlijke rechter op de nietigheid van het contract te beroepen, anderzijds de schorsing de verzoekende partij er toe kan aanzetten om, zoals wanneer de aangevoerde onwettigheid de openbare orde raakt, bij de burgerlijke rechter de schorsing en/of nietigverklaring van het gesloten contract te vorderen";

Overwegende dat wat overeenkomstig het hierboven overwogene de verwerende partij na het schorsingsarrest nr. 64.349 had kunnen doen, was ofwel

het contract in onderling akkoord met de tijdelijke vereniging ontbinden, ofwel het doen ontbinden door de gewone rechter; dat hetgeen de verwerende partij na het schorsingsarrest heeft gedaan, is eigener gezag doen alsof het contract niet meer zou voortbestaan tenzij de tijdelijke vereniging haar een behoorlijke prijsverantwoording gaf; dat door te oordelen dat die verantwoording gegeven is en daarop een "nieuwe" beslissing tot toewijzing aan de tijdelijke vereniging te baseren, de verwerende partij de zaak opnieuw binnen het bereik van de Raad van State heeft gebracht, terwijl, zoals daarnet gezien, zij bij voortbestaan van het contract de zaak na het schorsingsarrest alleen binnen het bereik van de gewone rechter kon brengen;

2.4. Overwegende dat, zoals gezien onder 1.7., toen de tijdelijke vereniging gevormd door de tussenkomende partijen met de vraag om een prijsverantwoording werd geconfronteerd, zij enerzijds heeft gesteld dat er reeds een contract met haar bestond, anderzijds toch de gevraagde prijsverantwoording heeft gegeven; dat zodoende zij voor zichzelf een gunstig alternatief heeft gecreëerd : wanneer haar verantwoording niet werd aangenomen, kon zij haar standpunt herhalen dat haar contract er nog steeds was en dat het niet aanvaarden van haar verantwoording dus geen beslissing tot afwijzing van haar offerte kon wettigen; wanneer haar verantwoording wel werd aangenomen kon zij het standpunt huldigen dat de toewijzingsbeslissing van 16 januari 1997 ingetrokken was door de op basis van het aanvaarden van haar verantwoording tot stand gekomen nieuwe toewijzingsbeslissing, welke nieuwe beslissing aan haar contractuele rechtsverhouding met de verwerende partij een rechtsgeldige basis verschaftte;

2.5. Overwegende dat de hierboven beschreven houding van de tussenkomende partijen illustreert dat met het nu bestreden nieuwe toewijzingsbesluit geen

juridisch correct gevolg werd gegeven aan 's Raads arrest nr. 64.349; dat met dat nieuwe besluit de zaak ten onrechte opnieuw aan de Raad van State werd voorgelegd; dat de duidelijkheid in het rechtsverkeer vergt dat de Raad zulks tot uiting brengt door, op grond van het eerste onderdeel van verzoeksters eerste annulatiemiddel, de gevorderde vernietiging uit te spreken; dat in deze zin dat onderdeel gegrond wordt bevonden,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van 20 februari 1997 tot toewijzing van de aannemingsopdracht bestaande uit het vernieuwen van de benedendeuren der sluizen te Olen en te Kwaadmechelen op het Albertkanaal aan de tijdelijke vereniging Victor BUYCK-HERBOSCH-KIERE.

Artikel 2.

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

Artikel 3.

De kosten van de tussenkomst bepaald op zesduizend frank, komen ten laste van de tussenkomende partijen.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op twaalf mei 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.