

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 75.686 van 8 september 1998
in de zaak A. 44.581/XII-194.**

In zake : de b.v.b.a. ALGEMENE ONDERNEMINGEN AERTS,
gevestigd te LIER,
Paaistraat 9

tegen :

de stad ANTWERPEN.

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 9 juli 1991 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van de beslissing van de stad Antwerpen, waarbij de verbouwingen aan de stedelijke kleuterschool nr. 32 worden toegewezen aan de n.v. SPIESSENS in plaats van aan verzoekster;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door Auditeur J. STEVENS;

Gelet op de beschikking van 16 september 1996 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 vier mei 1998 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 9 juni 1998;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter
J. BORRET;

Gehoord de opmerkingen van K. CALCOEN, die
loco Advocaat D. BEYENS verschijnt voor de verzoekende
partij, en van Advocaten D. COEN en L. ANTHONIS, die
loco Advocaten J. DYCK en R. POCKELE-DILLES verschijnen
voor de verwerende 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. Overwegende dat de gegevens van de zaak
kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. De in het geding zijnde opdracht, het
verbouwen van de overdekte speelplaats tot klas- en
speellokaal in de stedelijke kleuterschool nr. 32, heeft
het voorwerp uitgemaakt van een openbare aanbesteding.

1.2. Verzoekster dient de laagste regelmatige
inschrijving in, met een bedrag van 2.637.829 fr.

De op één na laagste regelmatige inschrij-
ving is die van de n.v. SPIESSENS met 2.871.623 fr.

1.3. De hoofdingenieur-directeur van de dienst
voor werken van de verwerende partij stelt in zijn nota
van 12 december 1990 :

"...

Het verschil tussen de 1ste bieding (AERTS) en de
2de bieding (SPIESSENS) bedraagt dus slechts
233.794 fr (excl. BTW) en is dus kleiner dan
250.000 fr. en minder dan 10 % (zie art. 34, 4° van
het K.B. dd. 22.04.1977).

Wegens de vroegere eindeloze problemen met de fa. AERTS (zie verslag in bijlage ref. ...) en het kleine verschil tussen de 1ste en de 2de bieding stel ik voor de werken te gunnen aan de fa. H.J. SPIESSENS".

1.4. Met een brief van 19 december 1990 vraagt verzoekster naar de stand van zaken.

1.5. Op 28 december 1990 besluit het college van burgemeester en schepenen de aanneming te gunnen aan de n.v. SPIESSENS, de op één na laagste inschrijver, in plaats van aan verzoekster, laagste inschrijver.

In de beslissing wordt kennis genomen van voormeld verslag van 12 december 1990; er wordt verwezen naar de vermelding in dat verslag van het kleine verschil van 233.794 fr. tussen beide biedingen en waar de in dat verslag geuite mogelijkheid dat "wegens de vroegere eindeloze problemen met de firma AERTS en het kleine verschil tussen de 1ste en de 2de bieding het werk (zou) kunnen gegund worden aan de firma H.J. SPIESSENS".

1.6. Met een brief van 14 mei 1991 antwoordt de verwerende partij op verzoeksters brief van 19 december 1990. Ze geeft kennis van de toewijzingsbeslissing. Ze vervolgt :

"Deze beslissing, houdende afwijking van gunning aan uw firma -zijnde de laagste inschrijfster- is gebaseerd op de vele moeilijkheden die het stadsbestuur op verscheidene werven met uw firma heeft ondervonden.

Wij verwijzen hierbij onder meer naar de aanneming school Brederodestraat, waar u geen enkele inspanning hebt geleverd om de schoolactiviteiten zo min mogelijk te storen, en meer in het bijzonder naar de gebrekkige uitvoering van de aanneming inzake het inrichten van de fitness-club in het stedelijk zwembad Wezenberg".

2. Overwegende dat in zijn arrest nr. 22.183, RYS, van 6 april 1982 de Raad de laatste memories van de

partijen "oneigenlijke akten van beroep tegen de oneigenlijke beslissing die het 'verslag' van de auditeur is" heeft genoemd;

Overwegende dat met haar laatste memorie verzoekster zich volkomen naar die opvatting gedragen heeft; dat zij haar laatste memorie het opschrift "memorie na verslag auditeur" meegeeft, in dat stuk de wens uitdrukt "te reageren op het verslag van de auditeur" en besluit met het verzoek "het besluit van het verslag van de auditeur te verwerpen en dit te laten overdoen of te laten aanvullen door een andere auditeur m.b.t. en ingevolge de menigvuldige niet ontmoete middelen en argumenten van verzoekende partij (schending art. 149 Grondwet)";

Overwegende dat de Raad het recht van verdediging van verzoekster het best respecteert door zich aan haar zienswijze te conformeren en dus na te gaan of het Auditoraatsverslag moet worden overgedaan of aangevuld;

3. Overwegende dat in zijn verslag de Auditeur de volgende door verzoekster bekritiseerde standpunten heeft ingenomen:

- de memorie van antwoord is tijdig ingediend;
- de in het verzoekschrift aangevoerde annulatiemiddelen zijn ongegrond;
- de in de memorie van wederantwoord onder punten 3 en 4 aangevoerde annulatiemiddelen zijn onontvankelijk;

4.1. Overwegende dat, na in haar memorie van wederantwoord te hebben gesteld dat de memorie van antwoord pas de 92e dag is ingediend, verzoekster in haar laatste memorie afzakt tot de stelling dat de memorie van antwoord pas de 61e dag is ingediend en de Auditeur verwijt niet aan te duiden hoe hij kan stellen

dat dit stuk tijdig, want de 60e dag na het kennis krijgen van het verzoekschrift, is ingediend;

4.2. Overwegende dat verzoekster ertoe wordt uitgenodigd artikel 88 van het procedurereglement te lezen;

5.1. Overwegende dat volgens verzoekster de Auditeur alleen al hierom niet tot de ongegrondheid van de annulatiemiddelen kan besluiten, omdat hij van die annulatiemiddelen een verkeerd beeld geeft doordat hij de feiten chronologisch uiteenzet in plaats van in de "temporele volgorde van bekendwording", doordat hij onvermeld laat dat zij tegelijkertijd voor drie opdrachten als laagste regelmatige inschrijfster werd afgewezen, doordat hij bij het weergeven van de annulatiemiddelen de alinea van p. 8 niet opneemt, luidend als volgt :

"Dat derhalve de beslissing van tegenpartij in casu dus niet alleen is aangetast door machtsafwending, doch bovendien indruist tegen de beginselen van behoorlijk bestuur en niet gesteund is op onbetwistbare en vaststaande feiten. Het is een vorm van 'wraakuitoefening' tegen verzoekster, omdat verzoekster haar contractuele rechten opvordert in zaken met de Stad Antwerpen.";

en doordat hij de rubriek "gegevens van de zaak" uit de memorie van wederantwoord niet bespreekt;

5.2. Overwegende dat zowel in de auditoraatsverslagen als in de arresten de Raad te allen tijde de feiten in hun chronologisch verloop worden uiteengezet en niet in de volgorde waarin ze aan de verzoekende partij bekend zijn geraakt; dat vanzelfsprekend daarbij de indruk niet mag worden gewekt dat de verzoekende partij van de feiten onmiddellijk na hun ontstaan -dus in hun chronologisch verloop- kennis heeft gehad; dat te dezen het auditoraatsverslag niet op deze wijze misleidend werkt;

5.3. Overwegende dat in het Auditoraatsverslag niet alleen op p. 3 wel degelijk melding wordt gemaakt van de klacht van verzoekster "dat tegenpartij niet alleen in dit dossier (bijlage 4), maar bovendien tegelijkertijd en systematisch al de inschrijvingen van verzoekende partij, waar zij de laagste regelmatige inschrijving had voor ingediend, heeft toegewezen aan de tweede laagste regelmatige inschrijver ...", maar bovendien die klacht besproken wordt, waar op p. 22 te lezen staat : "Verwerende partij heeft verzoekende partij ook niet voorgoed uitgesloten ... Immers verwerende partij heeft nog opdrachten -zogenoemd 'niet-complexe'- toegewezen aan verzoekende partij";

5.4. Overwegende dat onder het opschrift "II. In Rechte" verzoekster aanvangt als volgt : "De beslissing van de stad Antwerpen ... is aangetast door machtsoverschrijding en door overtreding van substantiële en op straf van nietigheid voorgeschreven vormen om volgende redenen"; dat dan die redenen worden uiteengezet; dat die uiteenzetting wordt besloten met de onder 5.1. geciteerde alinea die de Auditeur in zijn verslag niet heeft overgenomen;

Overwegende dat had de Auditeur die alinea wel overgenomen, hij klaarblijkelijk alleen maar had kunnen vaststellen dat zij niet te rijmen valt met de aanhef van het stuk - "In Rechte"; dat immers een stuk dat een uiteenzetting van machtsoverschrijding en schending van vormen aankondigt, onmogelijk kan uitlopen op een aantijging van machtsafwending en schending van beginselen -welke?- van behoorlijk bestuur;

5.5. Overwegende dat artikel 3 van het procedure-reglement voorschrijft dat het verzoekschrift "een uiteenzetting van de feiten en de middelen" bevat; dat wel mag worden aangenomen dat een verzoeker die aan een gedeelte van zijn procedurestuk het opschrift "Gegevens

van de zaak" geeft, doelt op een uiteenzetting van de feiten, zeker wanneer hij dat gedeelte laat volgen door een rubriek "ten gronde" waarvan hij verklaart dat hij er de feitelijke motieven van de verwerende partij in weerlegt en dat hij er de strikt juridische argumenten in aanvoert om de bestreden beslissing te doen vernietigen "wegens schending van de wet en schending der fundamentele rechtsbeginselen"; dat de verzoekende partij aldus, zij het in haar eigen woorden, de uiteenzetting van feiten en de uiteenzetting van middelen uit elkaar houdt; dat verzoekster niet kan doen alsof een auditoraatsverslag in de bespreking van de uiteenzetting van de annulatiemiddelen de bespreking van de uiteenzetting van de feiten moet gaan verwerken; dat het zaak van de verzoekende partij is in haar annulatiemiddelen waar dit volgens haar past de feiten te betrekken, door directe vermelding of door verwijzing;

6. Overwegende dat het recht op diverse manieren geschonden kan zijn; dat aan ieder geschonden geachte rechtsregel een apart annulatiemiddel kan beantwoorden; dat alleen al hetgeen onder 5.4. is uiteengezet de Raad ertoe noopt vast te stellen dat het verzoeksters uiteenzetting van annulatiemiddelen in haar verzoekschrift aan duidelijkheid ontbreekt op het stuk van de precieze aanwijzing van de geschonden geachte rechtsregels; dat in zulk een geval het recht van verdediging van de verwerende partij wordt gevrijwaard doordat de uiteenzetting der annulatiemiddelen zo wordt begrepen als de verwerende partij ze heeft begrepen en in redelijkheid mocht begrijpen; dat te dezen de verwerende partij zonder tegen de redelijkheid in te gaan, twee annulatiemiddelen heeft ontwaard, ten eerste schending van artikel 12, § 2, van de overheidsopdrachtenwet van 14 juli 1976, ten tweede "beweerdelijk onjuiste motieven"; dat in de punten 3° en 4° van haar memorie van wederantwoord verzoekster respectievelijk schending van het "gelijkheidsbeginsel der inschrijvers"

en schending van de "erkenningwetgeving" -met toevoeging van het alles en dus niets zeggende woord "machtsoverschrijding"- aanklaagt; dat die twee beweerde schendingen onmogelijk geïdentificeerd met of zelfs maar ondergebracht onder de door de verwerende partij herkende annulatiemiddelen kunnen worden; dat ze in het auditoraatsverslag derhalve terecht als nieuwe middelen worden aangemerkt en onontvankelijk worden bevonden aangezien ze reeds in het verzoekschrift aangevoerd hadden kunnen worden; dat wanneer verzoekster stelt dat de bewuste punten "geen nieuwe middelen betreffen maar gewoon argumenten zijn die in het verlengde liggen van datgene wat reeds werd aangevoerd in het verzoekschrift", zij er blijk van geeft het onderscheid tussen middelen en argumenten niet te vatten;

7. Overwegende dat uit het onder 4, 5 en 6 overwogene volgt dat er voor de Kamer geen reden is om enig gevolg te geven aan de vraag van verzoekster om het verslag van de Auditeur te laten overdoen of te laten aanvullen door een andere Auditeur;

8. Overwegende dat zoals gezegd alleen aandacht kan worden besteed aan de twee annulatiemiddelen die de verwerende partij in het verzoekschrift heeft onderkend;

8.1. Overwegende dat zoals eveneens gezegd het eerste van die twee annulatiemiddelen schending is van artikel 12, § 2, van de overheidsopdrachtenwet van 14 juli 1976; dat verzoekster die schending hierin ziet dat de genoemde bepaling wel toestaat af te wijken van de regel dat bij aanbesteding de opdracht gegund moet worden aan de inschrijver die de laagste regelmatige inschrijving heeft ingediend, maar voor zulk een afwijking een "gemotiveerde beslissing" voorschrijft, dat te dezen de opgegeven motieven zijn "de vele moeilijkheden die het Stadsbestuur op verscheidene werven met uw firma heeft ondervonden", maar dat deze

motieven "willekeurig" zijn en in een al te grote wanverhouding staan met "de toepassing van art. 12 par. 2 wet 14/7/76 op een vrij systematische manier";

Overwegende dat de gegevens die verzoekster ter adstructie van haar middel laat gelden als volgt kunnen worden samengevat : het feit dat zij in een beperkt aantal gevallen -op een totaal van een 25-tal werken- de verwerende partij diende te dagvaarden om haar rechten op te eisen kan niet haar systematische uitsluiting van toewijzing van opdrachten waarvoor zij de laagste regelmatige inschrijving indiende, verantwoordt; op één na heeft zij al de haar toevertrouwde werken technisch (verzoekster onderstreept dat woord) perfect uitgevoerd; voor dat ene werk (een werk voor de inrichting van de fitness-club van het stedelijk zwembad WEZENBERG) heeft zij ingevolge de verbreking van het contract de kans niet gehad om het tot een goed einde te brengen; voor de opdracht betreffende de school aan de Brederodestraat wordt haar ten onrechte verweten dat zij geen enkele inspanning heeft geleverd om de schoolactiviteiten zo min mogelijk te storen, het was integendeel de verwerende partij die de normale uitvoering van die opdracht heeft verstoord; zij kreeg toch nog andere opdrachten "zodat de Stad er een willekeurig spel van maakt om verzoekster voor bepaalde werken te weren (en andere niet ...) volgens hoe het de Stad past (om bepaalde inschrijvers te bevoordelen?";

8.2. Overwegende dat blijkens haar memorie van antwoord de verwerende partij het verwijt dat zij artikel 12, § 2, van de wet van 14 juli 1976 geschonden heeft, opvat in de formele zin; dat zij betoogt dat de motivering "zeer precies en nauwkeurig (is) aangegeven";

8.3. Overwegende dat de geschonden genoemde bepaling als volgt luidt :

"Er kan van het bepaalde in § 1 worden afgeweken bij gemotiveerde beslissing :

3° ...

Tot afwijking van de regel in § 1 kan nochtans bij met redenen omklede beslissing door de bevoegde overheid besloten worden, indien het verschil tussen het bedrag van de regelmatige inschrijving die zij wil kiezen en het bedrag van de laagste regelmatige inschrijving kleiner is dan een percentage van dit laatste bedrag en tevens kleiner dan een absoluut bedrag, welke beide bij in Ministerraad overlegd koninklijk besluit worden vastgesteld.

...";

Overwegende dat in de formele zin de motivering van de bestreden beslissing voldoet; dat een verwijzing naar "de vroegere eindeloze problemen met U" verzoekster in staat stelde te riposteren, wat zij trouwens in haar verzoekschrift en in haar memorie van wederantwoord omstandig heeft gedaan; dat die repliek niet meer de formele motivering betreft, maar wel de motieven inhoudelijk beschouwd; dat met de verwerende partij, de Raad er dus aandacht aan besteedt bij de behandeling van het tweede annulatiemiddel dat de verwerende partij in het verzoekschrift heeft onderkend, te weten het aanvoeren van onjuiste motieven;

8.4. Overwegende dat het eerste middel ongegrond is ;

9.1. Overwegende dat om het door haar onderkende tweede annulatiemiddel -aanvoeren van onjuiste motieven- af te wijzen de verwerende partij in haar memorie van antwoord de gegevens uit het verzoekschrift bekritiseert die onder 8.1. zijn vermeld;

Overwegende dat uit die kritiek te onthouden valt : verzoekster stelt ten onrechte dat zij slechts in een beperkt aantal gevallen de verwerende partij heeft gedagvaard, zij kreeg 25 opdrachten en heeft 13 maal de verwerende partij in een rechtsgeding betrokken; de

bewering dat alle opdrachten op één na technisch perfect werden uitgevoerd, is onjuist, want na de voorlopige oplevering van bepaalde werken moest nog aan opmerkingen worden voldaan en verschillende rechtsgedingen hebben betrekking op slecht uitgevoerde werken; verzoekster heeft 6 maanden de tijd gehad om het werk in het zwembad WEZENBERG, dat op 3 maanden uitgevoerd moest zijn, te voltooien; met betrekking tot het werk aan de school Brederodestraat is verzoekster pas na het verstrijken van de contractuele uitvoeringstermijn gaan beweren dat de verwerende partij de planning had verstoord; de opdrachten die verzoekster alsnog gekregen heeft, betreffen kleine, niet complexe werken, niet te vergelijken met de in het geding zijnde opdracht en met de twee andere aan verzoekster onthouden opdrachten;

Overwegende dat de toewijzingen van die twee andere opdrachten eveneens door verzoekster bestreden zijn, respectievelijk in de zaken nr. A. 44.582/XII-308 en nr. A. 44.583/XII-195;

9.2. Overwegende dat in haar memorie van weder-antwoord verzoekster aan de verwerende partij het recht ontzegt de werken aan de school Brederodestraat en aan de fitness-club in het zwembad WEZENBERG ter sprake te brengen; dat zij de verwijzing naar die werken een motivering achteraf noemt aangezien ze pas voorkomt in de brief van 14 mei 1991 waarbij haar de toewijzingsbeslissing wordt bezorgd, niet in de toewijzingsbeslissing van 28 december 1990 zelf; dat verzoekster voorts betoogt dat de werken in de school Brederodestraat definitief zijn aanvaard "wat dus bewijst dat er helemaal geen moeilijkheden waren";

9.3. Overwegende dat een motivering achteraf inderdaad niet duldbaar is; dat ten aanzien van de verplichting tot formele motivering, de reden daarvan is dat de betrokkene op zicht van het formeel te motiveren

besluit zelf moet kunnen inzien of het zin heeft zich rechtens tegen dat besluit op het stuk van de motieven te verweren; dat met de verplichting tot materiële motivering het achteraf opgeven van motieven onverenigbaar is omdat niet bewezen is dat die motieven inderdaad bij het nemen van de beslissing hebben meegespeeld;

Overwegende dat te dezen noch de verplichting tot formele motivering noch de verplichting tot materiële motivering geschonden is; dat het vanzelfsprekend is dat de moeilijkheden met de werken in de school Brederodestraat en in het zwembad WEZENBERG tot de "eindeloze problemen" behoren geïllustreerd in het toewijzingsbesluit; dat in haar verzoekschrift verzoekster er trouwens zonder enige aarzeling uitgebreid is op ingegaan; dat de verwijzing naar genoemde werken in de brief van 14 mei 1991 dus geen toevoeging is aan de motivering vermeld in het toewijzingsbesluit, maar een illustratie van die motivering;

Overwegende dat het administratief dossier de stelling van de verwerende partij dat er ettelijke moeilijkheden waren met verzoekster terdege ondersteunt; dat tot die moeilijkheden de verwerende partij ook de talrijke dagvaardingen rekent die de verzoekende partij haar toestuurde; dat verzoekster daartegenover stelt dat haar niet kwalijk genomen kan worden daar zij dit deed om haar rechten op te eisen; dat zij echter op één of twee gevallen na in gebreke blijft aan te tonen dat volgens de bevoegde rechter haar rechten inderdaad miskend werden; dat zij aan de verwerende partij het recht ontzegt om de moeilijkheden met betrekking tot het zwembad WEZENBERG tegen haar uit te spelen omdat "de rechtbank zich ten gronde nog dient uit te spreken"; dat zij zichzelf echter het recht niet ontzegt om zonder uitspraak van de rechter al haar dagvaardingen voor te stellen als beantwoordend aan door haar op te eisen rechten; dat een overheid die geconfronteerd wordt met

een aannemer die haar geregeld voor de rechter brengt, niet zonder redelijkheid kan oordelen dat die aannemer haar voor eindeloze problemen stelt;

9.4. Overwegende dat het tweede door de verwe-rende partij onderkende annulatiemiddel niet kan worden aangenomen,

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.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare
terechtzing, op acht september 1900 achtennegentig,
door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. BORRET.