RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 75.687 van 8 september 1998
in de zaak A. 44.582/XII-308.

In zake : de b.v.b.a. Algemene Ondernemingen AERTS, gevestigd te LIER, Paaiestraat 9

tegen :

1. de stad ANTWERPEN,
2. het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de gouverneur van de provincie 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, kenbaar aan verzoekster sinds 14.05.1991, enerzijds van de Gouverneur van de Provincie Antwerpen d.d. 18.01.1991 waarbij toelating werd verleend aan de stad Antwerpen om af te wijken van art. 12 § 1 Wet 14.07.1976, bij toepassing van art. 12 § 2, 3° Wet 14.07.1976, m.b.t. de werken aan het SILO nr. 43 aan de Monnikenhofstraat nr. 25 volgens openbare aanbesteding d.d. 11.10.1990 ... en anderzijds van de stad Antwerpen d.d. 3.12.1990 waarbij beslist werd om voormelde werken toe te wijzen aan de n.v. BAECK & JANSEN 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 17 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 4 mei 1998 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 9 juni 1998;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter J. BORRET;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat K. CALCOEN, die loco Advocaat D. BEYENS verschijnt voor de verzoekende partij, van Advocaten C. COEN en L. ANTHONIS, die loco Advocaten J. DYCK en R. POCKELE-DILLES verschijnen voor de eerste verwerende partij, en van Adjunct-directeur D. JANSSENS, die verschijnt voor de tweede 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 -werken aan het stedelijk instituut voor lager onderwijs- heeft het voorwerp uitgemaakt van een openbare aanbesteding.

1.2. Verzoekster dient de laagste regelmatige inschrijving in met een bedrag van 1.618.514 fr.

De op één na laagste regelmatige inschrijving is die van de n.v. BAECK & JANSEN met 1.885.436 fr.

1.3. De hoofdingenieur-directeur van de Stedelijke dienst voor werken stelt in zijn nota van 25 oktober 1990 :

> "Wegens de vele moeilijkheden die mijn dienst met de firma AERTS, op verschillende werven, reeds gehad heeft en nog heeft en de processen die lopend zijn met de stad, stel ik voor de fa. AERTS uit te sluiten van alle verdere aannemingen voor de stad Antwerpen.
> De fa. AERTS heeft in het verleden bewezen (zie bestek ... school Brederodestr.) geen enkele inspanning te willen doen om de schoolactiviteiten zo min mogelijk te storen. Integendeel, in de Brederodestraat heeft zij 3 jaar lang de kinderen als gijzelaar gebruikt om druk uit te oefenen op de stadsdiensten om alzo bepaalde financiële voordelen in de wacht te kunnen slepen.
> Dit is onaanvaardbaar.
> Om niet nogmaals in gelijkaardige problemen te komen met de fa. AERTS, stel ik voor de werken te gunnen aan de tweede laagste bieder de fa. BAECK & JANSEN ...".

1.4. Op 3 december 1990 besluit het college van burgemeester en schepenen "een afwijking aan de gouverneur te vragen en de aanneming ... te gunnen aan de n.v. BAECK & JANSEN i.p.v. aan de bvba AERTS".

In de considerans wordt vermeld :

> "Het college neemt kennis van het verslag van de dienst voor werken d.d. 25.10.1990, waaruit blijkt wegens de vele moeilijkheden met de firma AERTS op verschillende werven en de lopende processen met de stad, het aangewezen zou zijn de firma uit te sluiten van alle verdere aannemingen en om niet nogmaals in gelijkaardige problemen te komen, het werk te gunnen aan de firma BAECK en JANSEN ...".

1.5. Op 18 januari 1991 besluit de provinciegouverneur de gevraagde afwijking toe te staan.

In die beslissing wordt melding gemaakt van de inhoud van voormeld verslag van 25 oktober 1990, van de in het de vraag om afwijking begeleidend schrijven

uiteengezette moeilijkheden die de stad met dezelfde aannemer heeft ondervonden bij de aanneming inzake het inrichten van de fitness-club in het stedelijk zwembad Wezenberg. Vervolgens wordt overwogen "dat de gebrekkige uitvoering van vroeger aan de geweerde onderneming toevertrouwde opdrachten door een vaste rechtspraak van de Raad van State -cf. de arresten nrs. 8810 van 3.10.1961 ..., 9244 van 15.03.1962 ..., en 18.016 van 23.12.1976 ...- beschouwd wordt als een wettelijk gerechtvaardigde motivering voor de beslissing om af te wijken van de regel van de verplichte gunning aan de laagste regelmatige inschrijver bij aanbestedings-procedures".

De gouverneur neemt tevens akte van het besluit van 3 december 1990 van het college van burgemeester en schepenen houdende toewijzing van de werken aan de n.v. BAECK en JANSEN.

1.6. Met een brief van 14 mei 1991 deelt verwerende partij aan verzoekster mede :

> "Gelet op de vele moeilijkheden die het stadsbestuur op verscheidene werven met uw firma heeft ondervonden, o.m. inzake de aanneming van werken in de school Brederodestraat, waarbij u geen enkele inspanning hebt geleverd om de schoolactiviteiten zo min mogelijk te storen, en meer in het bijzonder de gebrekkige uitvoering van de aanneming inzake het inrichten van de fitness-club in het stedelijk zwembad Wezenberg, verzochten wij de provinciegouverneur overeenkomstig artikel 12 § 2 van de wet d.d. 14 juli 1976 inzake overheidsopdrachten een afwijking toe te staan betreffende de gunning ...
> Overeenkomstig artikel 37 § 1 van het k.b. d.d. 22.04.1977 maken wij u, in bijlage, de gemotiveerde beslissing d.d. 18.01.1991 van de provinciegouverneur ... alsmede de beslissing d.d. 3.12.1990 van ons schepencollege, houdende gunning van de werken aan de n.v. BAECK en JANSEN ..., ter kennisneming over".

2.1. Overwegende dat de eerste verwerende partij te haren opzichte het beroep onontvankelijk acht; dat zij betoogt dat haar bestreden beslissing van 3 december

1990 een voorbereidende handeling is waarbij een afwijking wordt gevraagd aan de provinciegouverneur, dat die beslissing geenszins inhoudt dat de werken gegund worden aan de n.v. BAECK en JANSEN, dat de gunningsbeslissing pas na het verkrijgen van de afwijking werd genomen, "bij brief van 2.5.1991"; dat zij besluit dat laatstgenoemde beslissing niet bestreden wordt "zodat het beroep tot nietigverklaring tegen de voorbereidende handeling van deze laatste beslissing onontvankelijk is";

2.1.1. Overwegende dat de beslissing van 3 december 1990 met zoveel woorden zegt dat het college besluit de aanneming te gunnen aan de n.v. BAECK en JANSEN; dat in zijn besluit de provinciegouverneur akte neemt van het besluit van 3 december 1990 "houdende toewijzing van vermelde werken"; dat de eerste verwerende partij met haar brief van 14 mei 1991 aan verzoekster "de beslissing van 3.12.1990 van ons schepencollege, houdende gunning van de werken aan de n.v. BAECK en JANSEN" zendt; dat het de Raad ten enenmale onbekend is dat colleges van burgemeester en schepenen beslissingen "bij brief" nemen; dat de door de eerste verwerende partij geviseerde brief aan de n.v. BAECK en JANSEN meedeelt "dat goedkeuring werd verleend op uw inschrijving"; dat deze brief dus mededeling bevat van een beslissing; dat gelet op de stukken van het dossier die beslissing geen andere kan zijn dan de toewijzingsbeslissing van 3 december 1990;

Overwegende dat de exceptie iedere grond mist;

3.1. Overwegende dat de tweede verwerende partij drie excepties opwerpt;

Overwegende dat de eerste exceptie is dat het verzoekschrift "erg onduidelijk" is wat de beslis-

sing betreft die ten aanzien van de tweede verwerende partij vernietigd zou moeten worden, en dat het geen duidelijke middelen bevat;

Overwegende dat de tweede exceptie is dat de bestreden beslissing van de tweede verwerende partij overeenkomstig een constante rechtspraak van de Raad van State enerzijds niet vatbaar is voor vernietiging in zoverre zij akte neemt van de beslissing houdende toewijzing der werken, anderzijds als voorbereidende handeling evenmin vatbaar is voor vernietiging in zoverre zij de gevraagde afwijking verleent;

Overwegende dat de derde exceptie is dat "gelet op de aard en de motivering van het aangevochten besluit (verzoekster) geen geoorloofd belang (heeft) bij het instellen van dit annulatieberoep";

3.1.1. Overwegende ten aanzien van de eerste exceptie dat hiervoren verzoekster woordelijk wordt aangehaald waar zij de door haar bestreden beslissing van de tweede verwerende partij omschrijft; dat die omschrijving zo duidelijk is als maar kan; dat ook de annulatiemiddelen duidelijk zijn, bij zoverre dat de tweede verwerende partij in staat blijkt te zijn om er omstandig op te antwoorden; dat de eerste exceptie iedere grond mist;

3.1.2. Overwegende dat verzoekster de beslissing van de tweede verwerende partij niet betwist in zoverre deze akte neemt van de toewijzingsbeslissing; dat een verzoekschrift maar onontvankelijk kan worden verklaard ten aanzien van de beslissingen die het bestrijdt;

Overwegende dat in zoverre zij uitspraak doet over de gevraagde afwijking, de bestreden beslissing van de tweede verwerende partij voor de eerste verwerende partij bindende rechtsgevolgen heeft; dat,

immers, zonder die afwijking een gemeente niet kan toewijzen aan de op één na laagste regelmatige inschrijver;

Overwegende dat de tweede exceptie in haar geheel wordt verworpen;

3.1.3. Overwegende dat onmogelijk valt in te zien hoe "de aard" van de bestreden beslissing van de tweede verwerende partij meebrengt dat verzoeksters belang bij het bestrijden van die beslissing "ongeoorloofd" zou zijn; dat ook "de motivering" van die beslissing die conclusie niet wettigt; dat in die motivering tegen verzoekster de gebrekkige uitvoering van vroegere opdrachten wordt ingebracht; dat het maar al te zeer "geoorloofd" is dat verzoekster een alzo gemotiveerde beslissing bestrijdt; dat vanzelfsprekend die motivering wettig kan zijn; dat echter als ze, in weerwil van verzoeksters annulatiemiddelen, voor wettig moet worden gehouden, zulks de ongegrondheid, maar niet de onontvankelijkheid van het beroep aantoont;

Overwegende dat de derde exceptie iedere grond mist;

4. Overwegende, wat betreft de bestreden beslissing van de eerste verwerende partij, dat, het onder 6. hierna overwogene niet te na gesproken, verzoeksters betoog over de grond van de zaak vrijwel woordelijk hetzelfde is als dat ontwikkeld in de zaak die tot ’s Raads arrest nr. 75.686 van 8 september 1998 heeft geleid; dat dit betoog dan ook om dezelfde redenen als die opgegeven in dat arrest moet worden afgewezen; dat zodoende de Raad trouwens tegemoet komt aan de wens die verzoekster in haar laatste memorie uitdrukt, te weten dat de zaken A. 44.581 -zaak beslecht bij evengenoemd arrest-, A. 44.582 -de onderhavige zaak- en

A. 44.583 samen worden behandeld "om tegenstrijdige berechting te voorkomen";

5. Overwegende dat tegen de bestreden beslissing van de tweede verwerende partij verzoekster net als tegen de bestreden beslissing van de eerste verwerende partij schending van artikel 12, § 2, van de overheidsopdrachtenwet van 14 juli 1976 en onjuiste motieven aanvoert, en zulks op grond van een volkomen parallel betoog; dat evenzeer als ten aanzien van de beslissing van de eerste verwerende partij, die middelen dus moeten worden afgewezen;

6. Overwegende dat verzoekster ook nog aanvoert dat beide beslissingen onwettig zijn omdat de beslissing van de provinciegouverneur houdende verlening van de afwijking de beslissing van het schepencollege houdende gunning in de tijd had moeten voorafgaan;

Overwegende dat de tweede verwerende partij daar terecht op antwoordt dat noch artikel 12, § 2, van de wet van 14 juli 1997, noch het ter uitvoering van die wetsbepaling strekkende artikel 34, 4°, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 bepalen op welk tijdstip de provinciegouverneur zijn besluit waarbij hij de vereiste afwijking verleent, moet nemen; dat door met haar bestreden beslissing tegelijk de afwijking te vragen en de opdracht te gunnen aan de op één na laagste regelmatige inschrijver het college van burgemeester en schepenen duidelijk een band heeft gelegd tussen het krijgen van de afwijking en het gunnen van de opdracht, in die zin dat het krijgen van de afwijking de voorwaarde was voor het effectief doorgaan van de gunningsbeslissing; dat dienovereenkomstig het college de gunning pas heeft betekend nadat het de afwijking had gekregen; dat het middel niet gegrond is,

B E S L U I T :

<u>Artikel 1</u>.

Het beroep wordt verworpen.

<u>Artikel 2</u>.

De kosten van het beroep, bepaald op vierduizend frank, komen ten laste van verzoekster.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, 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.**