

Nederlandse tekst (titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973).

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

Nr. 76.392 van 14 oktober 1998

A. 71.993/VI-14.436
A. 71.994/VI-14.437
A. 71.995.VI-14.438

In zake : **de naamloze vennootschap
AGORASPACE BENELUX**

die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. Pierre LEGR0S, advocaat,
Louizalaan 409
1050 Brussel,

tegen :

de stad Komen-Waasten

die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. Philippe HOREMANS, advocaat,
rue de l'Athenée 12
7500 Doornik.

DE RAAD VAN STATE, VIe KAMER,

Gezien het op 8 november 1996 ingediende verzoekschrift, waarbij de N.V. AGORASPACE BENELUX de nietigverklaring vordert van :

- " 1° de beslissing van onbekende datum genomen door het bevoegde orgaan van de verwerende partij om haar offerte in het kader van een overheidsopdracht voor aanneming van werken volgens de onderhandse procedure en met betrekking tot het plaatsen van een houten omheining rond een terrein gelegen aan het sportcomplex van Komen, niet in aanmerking te nemen,
- 2° de beslissing van onbekende datum genomen door het bevoegde orgaan van de verwerende partij om de opdracht in kwestie toe te wijzen aan een aannemer van wie verzoekster de identiteit niet kent";

Gezien het op dezelfde dag ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekster de nietigverklaring vordert van :

" 1° de beslissing van onbekende datum genomen door het bevoegde orgaan van de verwerende partij om haar offerte in het kader van een overheidsopdracht voor aanneming van werken volgens de onderhandse procedure en met betrekking tot het plaatsen van een houten omheining rond een terrein gelegen Quai Verboeckhoven te Komen-Waasten niet in aanmerking te nemen,

2° de beslissing van onbekende datum genomen door het bevoegde orgaan van de verwerende partij om de opdracht in kwestie toe te wijzen aan een aannemer van wie verzoekster de identiteit niet kent,"

Gezien het op dezelfde dag ingediende verzoekschrift, waarbij verzoekster de nietigverklaring vordert van :

" 1° de beslissing van onbekende datum genomen door het bevoegde orgaan van de verwerende partij om haar offerte in het kader van een overheidsopdracht voor aanneming van werken volgens de onderhandse procedure en met betrekking tot het inrichten van een terrein gelegen Quai Verboeckhoven te Komen-Waasten als omnisportterrein, niet in aanmerking te nemen,

2° de beslissing van onbekende datum genomen door het bevoegde orgaan van de verwerende partij om de genoemde opdracht toe te wijzen aan een aannemer van wie verzoekster de identiteit niet kent,"

Gelet op de beschikking van 19 februari 1998 waarbij de zaken worden samengevoegd;

Gezien de regelmatig uitgewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag van de heer DEROUAUX, eerste auditeur bij de Raad van State;

Gelet op de beschikking van 19 februari 1998 waarbij de neerlegging van het dossier en het verslag ter griffie wordt gelast;

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

Gelet op de beschikking van 4 augustus 1998, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij wordt bepaald dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 7 oktober 1998;

Gehoord het verslag van de heer HANSE, staatsraad;

Gehoord de opmerkingen van Mr. LEGROS, advocaat, die voor de verzoekende partij verschijnt;

Gehoord het andersluidend advies van de heer DEROUAUX, eerste auditeur;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat de volgende feiten dienstig zijn voor het onderzoek van de zaak :

1. Op 13 mei 1996 besluit de gemeenteraad van Komen-Waasten :

- 27e onderwerp : het bestek goed te keuren van de werken voor het plaatsen van een houten omheining rond het omnisportterrein van Komen, het enige lot van het ontwerp voor het aanleggen van een speelruimte te Komen, en geraamd op een totaal bedrag van 1.037.381 frank, BTW inbegrepen.

- 26e onderwerp : het bestek goed te keuren van de werken voor het plaatsen van een houten omheining rond het omnisportterrein van Waasten, lot 2 van het

ontwerp voor het aanleggen van een speelruimte te Waasten en geraamd op een totaal bedrag van 1.037.381 frank, BTW inbegrepen.

- 25e onderwerp : het bestek goed te keuren voor het aanleggen van een omnisportterrein aan de Quai Verboeckhoven te Waasten, geraamd op een bedrag van 1.146.378 frank, alle rechten inbegrepen.

De gemeenteraad bepaalt dat elk van die drie opdrachten volgens de onderhandse procedure wordt gegund.

2. Voor elk van de opdrachten worden vier inschrijvers, onder wie verzoekster, geraadpleegd en wordt er een vergelijkende tabel van de offertes opgemaakt.

3. Op 2 september 1996 wijst het college van burgemeester en schepenen de aannemers van de opdrachten aan.

De opdrachten met betrekking tot het plaatsen van een omheining rond de bestaande terreinen te Komen en te Waasten worden toegewezen aan de BVBA Ets Louis DUJARDIN et Cie voor een bedrag van elk 1.102.273 frank, BTW inbegrepen.

De opdracht voor het aanleggen van een omnisportterrein te Waasten wordt toegewezen aan de Ets Dries LANCKRIET voor een bedrag van 1.184.300 frank, BTW inbegrepen.

Die beslissingen worden alle drie gemotiveerd met de overweging dat de offerte van de als aannemers aangewezen inschrijvers conform het bestek is en dat elke offerte de laagste is. Ze vormen de door elk van de drie beroepen bestreden expliciete en impliciete beslissingen.

4. Bij drie brieven van 16 september 1996, deelt de verwerende partij verzoekster mee dat ze niet is kunnen ingaan op haar offertes.

Overwegende dat verzoekster in elk van de drie beroepen een eerste middel ontleent aan "schending van artikel 17, § 2, van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van artikel 49, § 3, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor de aanneming van werken, leveringen en diensten, van het algemeen beginsel dat individuele bestuurshandelingen intern en extern moeten worden gemotiveerd en aan machtsoverschrijding"; dat ze erop wijst dat "de beslissing om de opdracht onderhands te gunnen (...) op geen enkel uitdrukkelijk opgegeven motief berust, evenmin als op een wettelijk aanvaardbare interne motivering", "terwijl luidens artikel 49, § 3, van het koninklijk besluit van 22 april 1977, de beslissing om de onderhandse procedure toe te passen (had moeten) worden verantwoord door te verwijzen naar de bijzondere voorwaarden voor de opdracht, overeenkomstig artikel 17, § 2, van de wet van 14 juli 1976";

Overwegende dat de verwerende partij een exceptie van niet-ontvankelijkheid opwerpt ten aanzien van dat middel, waarvan ze oordeelt dat het te laat komt; dat naar haar mening dat middel, waarin kritiek wordt geleverd op de beslissing om de onderhandse procedure toe te passen, niet meer ontvankelijk is daar verzoekster, bij het indienen van haar inschrijving "geen enkele wrevel heeft geuit over de door de verwerende partij gekozen onderhandse procedure" en ze

geen beroep heeft ingesteld tegen die beslissing binnen zestig dagen nadat ze ervan kennis had gekregen;

Overwegende dat de keuze van de wijze waarop een overheidsopdracht wordt gegund slechts een onderdeel is van de ingewikkelde verrichting die zal leiden tot de aanwijzing van de onderneming die belast wordt met het uitvoeren van de geplande werken; dat die keuze in dat opzicht slechts een voorbereidende handeling is en alleen schade zal berokkenen indien de ingewikkelde verrichting tot een goed einde wordt gebracht; dat de beslissing tot gunning van de opdracht, die deze ingewikkelde verrichting besluit, de beslissing is die kan worden bestreden, aangezien alleen die beslissing de juridische voorwaarden ervan definitief vastlegt; dat de verzoekende partij, in het kader van het beroep tegen de beslissing om de opdracht toe te wijzen, zich mag beroepen op alle middelen, met inbegrip van de bezwaren die geuit zijn tegen de keuze van de wijze waarop de opdracht wordt gegund; dat de exceptie van niet-ontvankelijkheid van het middel niet kan worden aanvaard;

Overwegende, wat de gegrondheid van het middel betreft, dat de drie beslissingen van de gemeenteraad van 13 mei 1996 uitdrukkelijk vermelden dat de kostenraming van de werken lager ligt dan 1.250.000 frank; dat die vermeldingen alleen kunnen worden begrepen in het kader van het bepaalde in artikel 17, § 2, 1°, van de wet van 14 juli 1976 en van artikel 48 van het koninklijk besluit van 22 april 1977; dat die vermeldingen volstaan om te verklaren waarom gekozen is voor de onderhandse procedure voor de geplande opdrachten; dat het middel niet gegrond is;

Overwegende dat verzoekster een tweede middel ontleent aan "schending van artikel 17, § 2, van

de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van de artikelen 7 en 48 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, en aan machtsoverschrijding"; dat ze in een eerste onderdeel het feit aan de kaak stelt dat elk van de toe te wijzen opdrachten door een plaatselijke aannemer is geraamd op een bedrag dat lager ligt dan een miljoen tweehonderdvijftigduizend frank, terwijl een correcte raming van de waarde van de toe te wijzen percelen meer bedroeg, wat aldus het beroep op de procedure van gunning via onderhandelingen verhinderde, en dat de informatieprocedure waarin wordt voorzien door artikel 7, § 1, van het koninklijk besluit van 22 april 1997 om de prijzen te kunnen controleren, niet in acht is genomen; dat ze in een tweede onderdeel betoogt dat het werken met een onderhandelingsprocedure verboden was en dat bijgevolg de beslissingen waarbij haar inschrijvingen werden geweigerd en die waarbij de opdrachten werden gegund, uitdrukkelijk hadden moeten worden gemotiveerd;

Overwegende dat verzoekster in haar laatste memorie verklaart zich aan te sluiten bij het door de auditeur-rapporteur in zijn verslag ambtshalve opgeworpen middel; dat ze betoogt dat "de verwerende partij de verschillende opdrachten waarop de onderhavige beroepen betrekking hebben, op volkomen artificiële wijze heeft gesplitst om op onwettige wijze te kunnen werken met de onderhandelingsprocedure en dat "het ontbreken van een objectieve rechtvaardiging, onder meer wegens redenen van technische aard, en van een

uitdrukkelijke motivering van de splitsing van de verschillende kwestieuze opdrachten, niet is ontkend";

Overwegende, wat de twee middelen samen betreft, dat het niet onredelijk lijkt ervan uit te gaan dat, aangezien de werken voor het installeren van een houten omheining rond de "omnisportterreinen" enerzijds te Komen en anderzijds te Waasten dienden te worden uitgevoerd, zelfs indien het om identieke werken ging, afzonderlijke opdrachten waren; dat de werken voor het aanleggen van een omnisportterrein, waarbij verschillende materialen en technieken worden aangewend, eveneens afzonderlijke opdrachten konden vormen; dat hoe dan ook uit die verantwoordbare verschillen niet de vaste wil kan worden afgeleid om de wet te schenden en een algemene opdracht artificieel te splitsen om de onderhandelingsprocedure te kunnen toepassen en zodoende de procedure voor openbare aanbesteding of prijsaanvraag te vermijden; dat zulke redenering des te minder geldt daar blijkt dat de verwerende partij de aannemers aan wie de opdrachten zijn toegewezen niet arbitrair heeft gekozen, maar de laagste inschrijvers heeft aangewezen;

Overwegende, inzonderheid en wat het eerste onderdeel van het tweede middel van het verzoekschrift betreft, dat het argument dat een "correcte raming" van de waarde van de percelen hoger zou gelegen hebben dan 1.250.000 frank, niet gegrond is, zoals de bestreden beslissingen zelf hebben aangetoond daar ze de opdrachten toewijzen voor bedragen die lager liggen dan dat maximumbedrag bepaald in artikel 48 van het koninklijk besluit van 22 april 1977; dat bijgevolg het verwijt dat steunt op de schending van artikel 7, § 1, van het genoemde koninklijk besluit, evenmin gegrond is;

Overwegende, wat het tweede onderdeel betreft, dat het bezwaar in rechte faalt daar het

toepassen van een onderhandelingsprocedure niet verboden is; dat het bovendien feitelijke grondslag mist, aangezien de bestreden beslissingen uitdrukkelijk gemotiveerd zijn door de vaststelling dat de in aanmerking genomen offertes conform het bestek zijn en door de overweging dat ze de laagste zijn; dat de middelen niet gegrond zijn,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De beroepen worden verworpen.

Artikel 2.

De kosten, bepaald op 12.000 frank, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van de VIe kamer, op veertien oktober 1900 achtennegentig door :

de HH.	CLOSSET,	kamervoorzitter,
	HANSE,	staatsraad,
	LEWALLE,	staatsraad,
Mevr.	NOTEBAERT,	griffier.

De Griffier,

De Voorzitter,

Chr. NOTEBAERT.

Ch.-L. CLOSSET.

VERTALING OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 63,
EERSTE LID, VAN DE WETTEN OP DE RAAD VAN STATE,
GECOÖRDINEERD OP 12 JANUARI 1973.