

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 79.171 van 9 maart 1999
in de zaak A. 41.115/XII-146.**

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

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de
Minister van Landsverdediging.

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 10 augustus 1989 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing, medegedeeld aan de verzoekende partij bij brief van 29 juni 1989, waarbij haar inschrijving voor de openbare aanbesteding met het oog op het oprichten van een administratief gebouw "BEMILCOM" in het kwartier Majoor Houssiau te Peutie niet in aanmerking wordt genomen, alsmede van de eventuele beslissing tot gunning aan een andere inschrijver;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur J. STEVENS;

Gelet op de beschikking van 22 februari 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 laatste memories;

Gelet op de beschikking van 11 januari 1999 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 16 februari 1999;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. VAN STEENBERGEN, die loco advocaat F. MARCK verschijnt voor de verzoekende partij, en van adviseur-generaal G. PORIAU, die verschijnt 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;

Over de gegevens van de zaak.

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

1.1. Er wordt een openbare aanbesteding gehouden voor de bouw van een administratief gebouw "BEMILCOM" in het kwartier Majoor Houssiau te Peutie. Het bestek 8/1/A.194 van de Krijgsmacht, algemene dienst Bouwwerken, eerste regionale directie, is van toepassing.

1.2. De opening van de inschrijvingen heeft plaats op 28 september 1988.

Zeven firma's hebben een inschrijving ingediend, waaronder de verzoekende partij.

Bij haar inschrijving voegt de verzoekende partij 9 bladzijden met 17 "terechtwijzingen".

Na rekenkundig nazicht wordt de inschrijving van de verzoekende partij als de laagste geklasseerd, met een bedrag van 25.374.511 frank.

1.3. In het aanbestedingsverslag van 12 december 1988 worden de "terechtwijzingen" van de verzoekende partij besproken.

Onder punt 7 van dat aanbestedingsverslag wordt overgegaan tot de aanpassing van de bedragen van de verschillende inschrijvingen.

Dit geeft volgend klassement :

1. de de n.v. BUILDING : 26.251.197 frank
2. de verzoekende partij : 26.349.425 frank
- ...

1.4. Met brief van 7 februari 1989 wordt aan de de n.v. BUILDING de goedkeuring van haar inschrijving medegedeeld.

Met brief van 29 juni 1989 wordt aan de verzoekende partij medegedeeld dat haar inschrijving niet werd "weerhouden";

Over de rechtspleging.

2.1. Overwegende dat de verzoekende partij in haar laatste memorie vraagt het auditoraatsverslag te verwerpen en dit te laten overdoen of te laten aanvullen door een andere auditeur, aangezien dat verslag een niet objectieve en vooringenomen voorstelling geeft van het standpunt van de verzoekende partij en daarbij, onder meer, een groot deel van haar argumentatie in haar memorie van wederantwoord onvermeld laat, daar waar zij precies aantoont dat de meeste van haar opmerkingen gevoegd bij haar inschrijving wel degelijk gegrond waren en trouwens werden aangenomen;

2.2. Overwegende dat de verzoekende partij hiermede de aandacht heeft gevestigd op de volledige

inhoud van haar memorie van wederantwoord; dat, mede gelet op de omvang van haar laatste memorie, kan worden aangenomen dat zij de punten waarop zij van mening verschilt met de auditeur-verslaggever ten behoeve van de Raad van State afdoende heeft belicht, zodat deze laatste met kennis van zaken over de hele problematiek zal kunnen oordelen zonder, zoals de verzoekende partij beweert, misleid te zijn door het auditoraatsverslag; dat dit trouwens precies de bestaansreden is van een laatste memorie; dat er derhalve geen reden is om op de vraag van de verzoekende partij in te gaan;

Over de gegrondheid van het beroep.

3.1.1. Overwegende dat de verzoekende partij als eerste middel de schending aanvoert van artikel 12, § 1, van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, doordat, in strijd met die bepaling, de opdracht niet werd toegewezen aan de laagste regelmatige inschrijver, in casu de verzoekende partij;

3.1.2. Overwegende dat de verwerende partij in substantie antwoordt dat zij de opdracht wel aan de laagste regelmatige inschrijver heeft toegewezen, aangezien uit de opmerkingen van de verzoekende partij gevoegd bij haar inschrijving volgde dat, om te voldoen aan de beschrijving van de werken en het bestek, bepaalde van haar prijzen dienden te worden verhoogd overeenkomstig die opmerkingen, terwijl van andere inschrijvers, die geen opmerkingen hadden geformuleerd, kon worden verondersteld dat hun prijzen, overeenkomstig een normale interpretatie van het bestek, betrekking hadden op de uitvoering van die posten zonder meerkost, en terwijl nog andere inschrijvers, die wel opmerkingen hadden geformuleerd, doch zonder meerprijs te bedingen, geacht werden een ontoelaatbaar voorbehoud te hebben gemaakt en om die reden werden uitgesloten, zodat na die

bewerkingen, uitgevoerd op grond van artikel 12, § 1, van de wet van 14 juli 1976 en de artikelen 20, 31 en 32 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de inschrijving van de verzoekende partij niet meer als de laagste regelmatige tevoorschijn kwam, doch wel die van de n.v. BUILDING; dat de verwerende partij ook nog opwerpt dat, indien de verzoekende partij van mening was dat de technische bepalingen van het bestek haar niet toelieten een juiste prijs vast te stellen, zij overeenkomstig artikel 20, § 4, van het voornoemde koninklijk besluit hiervan minstens zes dagen voor de opening van de inschrijvingen kennis had dienen te geven aan het bestuur, wat zij niet heeft gedaan, zodat zij het bestuur niet meer kan verwijten dat bepaalde posten vatbaar zijn voor diverse interpretaties;

3.1.3. Overwegende dat de verzoekende partij, na inzage van het administratief dossier, in haar memorie van wederantwoord het middel uitbreidt - zij noemt het nieuwe middelen - met de schending van de artikelen 20, § 2, en 32, § 2, alsmede artikel 32, § 1, A, 2°, b, van het koninklijk besluit van 22 april 1977; dat zij, na te hebben opgemerkt dat naar aanleiding van zeven van haar opmerkingen de hoeveelheden van de opmetingsstaat werden aangepast voor alle inschrijvers en dat artikel 32, § 1, A, 2°, b, van hetzelfde koninklijk besluit correct toegepast dient te worden op bepaalde posten van de inschrijving van de n.v. BUILDING, waarvoor deze de hoeveelheid had verminderd, haar betoog toespitst op de volgende leemten welke volgens haar voorkwamen in de samenvattende opmetingsstaat :

- post 1.1. - uitgravingen; deze post voorziet niet in het vervoer van de uitgegraven grond buiten het militair domein; indien deze is inbegrepen, moet een meerprijs van 330 frank/m³ worden toegepast; verwerende partij gaat er ten onrechte van uit - inzonderheid omdat de

prijzen van andere aannemers merkelijk hoger zijn, zullen deze het wel zo begrepen hebben - dat dit vervoer inbegrepen is in de post en past deze meerprijs alleen toe op de verzoekende partij; deze wijst er op dat die interpretatie niet zo evident is, aangezien artikel 32, § 2, voornoemd, niet toelaat bij een vastgestelde leemte er op grond van prijsverschillen van uit te gaan dat het prijsverschil wel inbegrepen zal zijn in de prijzen van de andere inschrijvers, dat de prijzen van de andere inschrijvers niet zo verschillend zijn, dat blijkens post 1.2.1. de uitgravingsgronden terug moeten dienen voor grondaanvullingen, dat andere inschrijvers de opmerking ook maakten en dat onder een andere post 1.3. "nivelleren terrein", wel uitdrukkelijk is voorzien in afvoer van de gronden;

- post 1.2.4. - teelaarde; de verzoekende partij stelt de vraag of hierin ook de levering van de aarde begrepen is en zo ja, vraagt zij een meerprijs van 330 frank/m²; de verwerende partij gaat ervan uit dat dit het geval is en telt de meerprijs bij de inschrijving van de verzoekende partij; ten onrechte stelt verwerende partij weerom dat, aangezien de prijzen van andere aannemers merkelijk hoger zijn, deze het wel zo begrepen zullen hebben dat de levering inbegrepen is, ofschoon ook hier weer niet alle prijzen echt afwijken en een andere inschrijver ook hier vragen had;

- post 7.2. - dakranden; de verzoekende partij merkte op dat indien volgens het plan, en dit in tegenstelling met de beschrijving in het bestek, het ging om een muurafdekprofiel, zoals trouwens beschreven in post 7.3., de inschrijving verhoogd diende te worden met 1.600 frank/lm, of in totaal 116.800 frank; de verwerende partij paste opnieuw die verhoging enkel toe op verzoeksters inschrijving, ofschoon uit een vergelijking met de door die inschrijver opgegeven prijs voor post 7.3., blijkt dat de n.v. BUILDING post 7.2. interpreteerde als dakranden; de verzoekende partij wijst ook

op de inconsequente houding van de verwerende partij die nu eens het plan en dan eens het bestek laat primeren;
- post 8.5. - verhoogde vloer; de verzoekende partij merkte op dat er een verschil was tussen bijzonder bestek en plan inzake de afmetingen van de vloerpanelen, en dat het bestek niet bepaalde hoeveel vloerpanelen voorzien moesten zijn van ventilatieopeningen; wat het eerste betreft liet de verwerende partij het bestek primeren op de plannen, wat het tweede betreft rekende zij de verzoekende partij een meerprijs aan voor een minimum van acht ventilatietegels, hetgeen zij niet deed bij de andere inschrijvers en dit ofschoon er een duidelijke leemte was, aangezien noch uit het plan noch uit het bestek kon worden afgeleid hoeveel ventilatie-tegels nodig waren;

Overwegende dat de verzoekende partij dan op grond van berekeningen waarbij zij aan de andere inschrijvers dezelfde meerprijzen aanrekent als die welke op haar inschrijving werden toegepast, tot de slotsom komt dat zij met 26.349.425 frank nog steeds moest worden beschouwd als de laagste regelmatige inschrijver, tegen 27.041.757 frank voor de n.v. BUILDING;

Overwegende dat de verzoekende partij met betrekking tot artikel 20, § 4, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 stelt dat haar opmerkingen helemaal niet inhielden dat zij niet meer bij machte was een prijs te berekenen, alsook dat de vergelijking der inschrijvingen nog steeds mogelijk was, zodat er geen reden was om de voornoemde bepaling toe te passen;

3.1.4. Overwegende dat artikel 32, § 2, eerste lid, van het koninklijk besluit van 20 april 1977, zoals het van toepassing was op de onderhavige aanbesteding, bepaalde dat, indien een inschrijver enige leemte in de samenvattende opmetingsstaat heeft aangevuld - wat deze moet doen in toepassing van artikel 20, § 2 - het

bestuur de gegrondheid van de aanvulling onderzoekt en deze zo nodig verbetert en dan eventueel de opmetingen gevoegd bij de inschrijvingen volgens bepaalde regels wijzigt; dat ter zake de verzoekende partij echter geen eigenlijke leemten in de samenvattende opmetingsstaat, in de zin van die bepaling, heeft aangevuld doch wel bepaalde interpretaties geeft aan besteksbepalingen of onderdelen van de plannen en in functie daarvan meer-prijzen toepast;

Overwegende dat artikel 20, § 4, van het koninklijk besluit van 20 april 1977 bepaalde :

"Indien de inschrijver zodanige vergissingen of leemten vaststelt dat het hem onmogelijk is een prijs te berekenen, of dat de vergelijking van de inschrijvingen niet meer opgaat, geeft hij daarvan onverwijld, althans ten minste zes dagen voor de dag van de opening van de inschrijvingen, schriftelijk kennis aan het bestuur.

Het bestuur oordeelt of het, wegens de belangrijkheid van de vergissingen of de leemten, verantwoord is de zitting van de opening van de inschrijvingen te verdagen en een rechtzetting in het Bulletin der Aanbestedingen te plaatsen";

Overwegende dat de verzoekende partij blijkbaar uit het oog verliest dat die bepaling niet alleen van toepassing is ingeval de betrokken inschrijver ten gevolge van de vastgestelde vergissingen en leemten in de onmogelijkheid verkeert een prijs te berekenen, maar ook indien daardoor "de vergelijking van de inschrijvingen niet meer opgaat"; dat ter zake de verzoekende partij wel in staat is gebleken om een meer-prijs te bepalen in de veronderstelling dat het bestek of de samenvattende staat op een bepaalde wijze moesten worden geïnterpreteerd, doch het helemaal niet evident was dat de andere inschrijvers dezelfde interpretatie zouden huldigen, meer bepaald, dat zij in hun ingediende offertes moesten worden geacht geen rekening te hebben gehouden met de bijkomende werken welke volgens de verzoekende partij nodig zouden kunnen zijn; dat een

vergelijking van de inschrijvingen alleen mogelijk is gebleken voor bepaalde opmerkingen van de verzoekende partij welke louter betrekking hadden op hoeveelheden en welke dan ook door de verwerende partij werden aangenomen en toegepast op de eenheidsprijzen van de andere inschrijvers, overeenkomstig artikel 32, § 2, van het voornoemde koninklijk besluit; dat, overigens, de verzoekende partij zelf door haar handelwijze te kennen geeft dat de interpretatie van het bestek op zijn minst onzeker was, daar zij anders geen bijkomende opmerkingen had gemaakt, doch louter haar inschrijvingsprijzen zou hebben opgemaakt in functie van wat het bestek, plan of beschrijvende opmetingsstaat volgens haar "duidelijk" inhield; dat het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 22 april 1977, wat artikel 20, § 4, betreft, uitdrukkelijk verwijst naar een van de door de verzoekende partij aangevoerde moeilijkheden, namelijk tegenspraak tussen plannen en beschrijvende opmetingsstaat; dat bijgevolg het de verzoekende partij toekwam in toepassing van voormeld artikel 20, § 4, de verwerende partij minstens zes dagen voor de opening kennis te geven van haar opmerkingen; dat zij dan ook niet de schending van artikel 32, § 2, kan aanvoeren; dat het middel niet gegrond is;

3.2. Overwegende dat de verzoekende partij als tweede middel de schending van artikel 37, § 1, van het koninklijk besluit van 22 april 1977, alsmede van het algemeen beginsel van de motiveringsplicht aanvoert, doordat de beslissing om haar inschrijving niet in aanmerking te nemen, zoals medegedeeld bij brief van 29 juni 1989, niet de redenen daarvoor vermeldde;

3.2.1. Overwegende dat de verordeningsbepaling welke de verzoekende partij in dit middel inroept de motivering enkel voorschrijft ingeval toepassing wordt gemaakt van artikel 12, § 2, van het koninklijk besluit van 22 april 1977, dat wil zeggen wanneer afgeweken

wordt van het principe van de toewijzing aan de laagste regelmatige inschrijver; dat uit de behandeling van het eerste middel is gebleken dat ter zake de opdracht wel degelijk aan de laagste regelmatige inschrijver werd toegekend; dat geen algemeen rechtsbeginsel de formele motivering voorschrijft van de mededeling aan een inschrijver dat zijn offerte niet werd aangenomen; dat het middel niet gegrond is,

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 negen maart 1900 negenenegentig,
door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. DE BRABANDERE.