RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 80.178 van 11 mei 1999
in de zaak A. 44.111/XII-147.

In zake : de b.v.b.a. ALGEMENE ONDERNEMINGEN AERTS, thans de n.v. ALGEMENE ONDERNEMINGEN AERTS,
met maatschappelijke zetel te LIER,
Paaiestraat 9

tegen :

de KERKFABRIEK KRISTUS-KONINGKERK te TEMSE.

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, thans de n.v. ALGEMENE ONDERNEMINGEN AERTS op 5 april 1991 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van "de beslissing, aan verzoekster kenbaar sinds 19.02.1991, waarbij de herstellings- en onderhoudswerken aan de Kristuskoningkerk te Temse, ingevolge openbare aanbesteding d.d. 17.11.1989, werden toegewezen aan de firma NV Fr. Goedleven uit Brasschaat 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 24 mei 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 11 maart 1999 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 27 april 1999;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur J. STEVENS;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;

1. Over de gegevens van de zaak.

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

1.1. De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit met het oog op onderhouds- en herstellingswerken aan de Kristuskoningkerk te Temse.

1.2. De opening van de inschrijvingen heeft plaats op 17 november 1989.

Zeven inschrijvingen worden ingediend, waaronder die van de verzoekende partij.

1.3. Volgens het aanbestedingsverslag van 21 november 1989 van architect-ontwerper Dewulf is de inschrijving van verzoekende partij met een bedrag van 4.619.098 frank (exclusief BTW) de laagste regelmatige en wordt voorgesteld de opdracht toe te wijzen aan de verzoekende partij.

1.4. Het bureau der kerkmeesters beslist op 29 november 1989 de werken toe te wijzen aan de verzoekende partij voor de som van 4.619.089 frank (exclusief BTW), onder voorbehoud van machtiging door de minister van Justitie.

1.5. Bij koninklijk besluit van 26 april 1990 wordt machtiging verleend aan de kerkfabriek tot het uitvoeren van de werken door de verzoekende partij voor de prijs van 5.404.345 frank (inclusief BTW).

1.6. Met een brief van 14 juni 1990 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mede dat bij voormeld koninklijk besluit machtiging werd verleend de werken te gunnen voor een bedrag van 4.619.098 frank (exclusief BTW).

1.7. Met een brief van 25 juni 1990 deelt de verzoekende partij aan de verwerende partij mede dat "het bestelbedrag niet strookt met onze contractuele inschrijving daar wij inschrijving gaven voor 4.619.098 frank plus terechtwijzing inzake stoflatten (466.500 frank) of dus totaal volgens de plans 5.085.598 frank dat in uw bestelbrief diende vermeld".

1.8. Met een brief van 13 augustus 1990 vraagt de verwerende partij onder welke voorwaarden de verzoekende partij haar inschrijving wenst te handhaven en deelt zij mede niet te kunnen ingaan op de vraag betreffende het plaatsen van stoflatten, zodat de uitvoeringsprijs gehandhaafd blijft op 5.404.345 frank (inclusief BTW).

1.9. Met een brief van 21 augustus 1990 antwoordt de verzoekende partij dat de plaatsing van stoflatten behouden blijft en dat de uitvoeringsprijs als bestelbedrag gehandhaafd dient te worden op deze van de inschrijving, inbegrepen de terecht opgegeven

terechtwijzing.

In de meest ondergeschikte orde antwoordt de verzoekende partij dat "in de veronderstelling van uitvoering zonder dat U uw basisbestelbedrag van 5.404.345 frank (BTW inb.) zou wijzigen in verband met de stoflatten wij onze inschrijvingsbasis dan wel dienen te verhogen met 7% op de prijzen zonder BTW".

1.10. De architect verklaart in een nota gedateerd 9 augustus 1990 onder meer :

> "...
> In eer en geweten verklaar ik hierbij dat ik geen enkel geparafeerd bijgevoegd blad met prijsaanbieding voor stoflatten bij de medegenomen inschrijvingen heb gezien tijdens het nazicht der inschrijvingen en opmaken van het aanbestedingsdossier.
> ...
> Ik kan, bij het opmaken van het aanbestedingsdossier, onmogelijk rekening houden met : 'een terechtwijzing inzake stoflatten'; bij ontstentenis van een prijs of eenheidsprijs, dit om concurrentie-vervalsing te voorkomen en te weren".

1.11. Met een brief van 3 september 1990 deelt de verwerende partij mede akte genomen te hebben van de beslissing van de verzoekende partij om de werken niet uit te voeren tegen de goedgekeurde aannemingssom van 4.619.098 frank (exclusief BTW).

1.12. De architect stelt op 20 september 1990 een nieuw aanbestedingsverslag op en stelt voor, aangezien de verzoekende partij de werken niet wenst uit te voeren aan de inschrijvingssom, de werken toe te wijzen aan de laagste regelmatige inschrijver, de n.v. Goedleven.

1.13. Het bureau der kerkmeesters beslist op

20 september de opdracht toe te wijzen aan laatst genoemde firma tegen de som van 4.768.484 frank (exclusief BTW), met dezelfde motivering als in het aanbestedingsverslag vermeld.

1.14. Bij koninklijk besluit van 19 november 1990 wordt het koninklijk besluit van 26 april 1990 gewijzigd in die zin dat machtiging wordt verleend voor de uitvoering door de n.v. Goedleven.

1.15. Met een brief van 28 september 1990 vraagt de verzoekende partij onder andere mede te delen welke beslissing de verwerende partij getroffen heeft.

De verwerende partij antwoordt met brief van 14 februari 1991 dat de geldigheidstermijn van de inschrijvingen verstreken was, dat de verzoekende partij de voorziene werken enkel wenste uit te voeren mits verhoging van de inschrijvingsprijs met 7% en dat daardoor de n.v. Goedleven de laagste aanbieder was;

2. Over de gegrondheid van het beroep.

2.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een enig 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 de verwerende partij de opdracht toegewezen heeft aan de n.v. Goedleven, terwijl zij zelf de laagste regelmatige inschrijving had ingediend; dat zij ter staving van dat middel betoogt dat haar inschrijving ten onrechte werd geweerd of niet als de laagste regelmatige werd beschouwd, ofschoon krachtens artikel 32, § 2, 1°, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten de verwerende partij ertoe gehouden was de gegrondheid te onderzoeken van aanvullingen bij de inschrijving en deze eventueel

te verbeteren, indien de inschrijver een leemte in de samenvattende opmetingsstaat heeft aangevuld; dat de verzoekende partij er op wijst dat zij bij haar inschrijving een "terechtwijzing" had gevoegd volgens welke het bestek en de samenvattende opmetingsstaat ten onrechte niet voorzagen in stoflatten, ofschoon deze noodzakelijk waren en voorkwamen op het desbetreffende plan, dat krachtens artikel 24, § 1, van het ministerieel besluit van 10 augustus 1977 houdende vaststelling van de algemene aannemingsvoorwaarden van de overheids-opdrachten van werken, leveringen diensten het plan primeert, zodat verzoekster een aparte meerprijs indiende ten bedrage van 1.866 m2 stoflatten aan 250 fr/m2, totaal 466.500 frank, exclusief BTW; dat de verzoekende partij voorts betoogt dat ook bij de inschrijving van de n.v. Goedleven een gelijkaardige meerprijs gevoegd diende te worden, welke zij op 481.587 frank berekent, waardoor haar inschrijving nog steeds lager bleef dan die van de voornoemde firma; dat de verzoekende partij in ondergeschikte orde aanvoert dat de verwerende partij ten onrechte toepassing heeft gemaakt van artikel 38 van het koninklijk besluit van 22 april 1977, aangezien de verzoekende partij wel degelijk zonder voorbehoud met de goedkeuring van haar inschrijving heeft ingestemd, waarbij haar opmerking dat haar aanvulling in aanmerking diende te worden genomen niet als een voorbehoud kon worden geïnterpreteerd omdat de verwerende partij wettelijk ab initio verplicht was ze op te nemen ten einde de gelijkheid tussen de inschrijvers te handhaven;

2.2. Overwegende dat de verwerende partij antwoordt dat bij de inschrijving van de verzoekende partij geen terechtwijzing was gevoegd en deze pas met brief van 25 juni 1990 om een meerprijs heeft gevraagd; dat zulks volgens de verwerende partij blijkt uit het aanbestedingsverslag, opgemaakt aan de hand van de ingezonden geparafeerde stukken, en daarin geen melding wordt gemaakt van de kwestieuze terechtwijzing; dat de

verwerende partij ook nog aanvoert dat de verzoekende partij naderhand op de vraag onder welke voorwaarden zij haar goedgekeurde inschrijving wenste te handhaven ondubbelzinnig antwoordde dat zij deze met 7 procent verhoogde;

2.3. Overwegende dat de verzoekende partij repliceert dat de terechtwijzing inzake de stoflatten bij haar inschrijving was gevoegd, dat zij als zodanig niet werd betwist doch enkel haar prijs, dat de echtheid van een brief van de ontwerper van 9 augustus 1990 waarin deze verklaart dat geen nota bij die inschrijving was gevoegd, dient te worden betwist aangezien daarin verwezen wordt naar een brief van 21 augustus 1990 van de verzoekende partij en dat de verwerende partij al op 13 augustus 1990 zeer goed op de hoogte bleek te zijn van de inhoud van de terechtwijzing aangezien zij verklaarde er niet op in te gaan, wat ook kan worden afgeleid uit andere gedragingen van de verwerende partij; dat de verzoekende partij ook nog opmerkt dat de opdracht niet kon worden gegund aan de n.v. Goedleven omdat in een stuk van het dossier wordt vermeld dat haar inschrijving niet "conform met de bescheiden" was; dat de verzoekende partij tenslotte in ondergeschikte orde betoogt dat, ook indien de terechtwijzing niet bij de inschrijving gevoegd zou zijn geweest, dit had moeten worden opgemerkt bij het nazicht der inschrijvingen, aangezien in die inschrijving zelf, onder "bijgevoegde documenten", vermeld was "opgave van één terechtwijzing inzake stoflatten (één bladzijde)", dat op een vergadering van 26 juni 1990 dergelijke opmerking niet eens werd gemaakt toen de verwerende partij de gegrondheid ervan erkende en zulks pas in de memorie van antwoord werd betwist;

2.4.1. Overwegende dat uit de overgelegde stukken blijkt dat onderaan het inschrijvingsbiljet van de verzoekende partij, in de rubriek H, onder een voorgedrukte en eventueel door te halen tekst waarin staat

dat bij de inschrijving eveneens gevoegd zijn : de bescheiden die luidens het bestek van de aanneming voorgelegd zullen worden, bijgeschreven staat: "opgave van één terechtwijzing inzake stoflatten (één bladzijde)"; dat de partijen tegenstrijdige verklaringen afleggen nopens de kwestie of dat stuk al dan niet bij de inschrijving gevoegd was; dat, bij twijfel, geloof moet worden gehecht aan een officieel stuk, namelijk het verslag opgemaakt door de ontwerper en gedateerd 21 november 1989; dat in dat verslag onder de rubriek "4. Rekenkundig nazicht" alle inschrijvingen met hun bedrag worden opgesomd en met telkens de vermelding of zij al dan niet rekenkundige fouten bevatten; dat bij de inschrijving van de verzoekende partij vermeld is dat er geen rekenkundige fouten zijn en louter het inschrijvingsbedrag (eindtotaal) van 4.619.098 frank wordt weergegeven; dat elders in dat verslag nergens melding wordt gemaakt van een bijlage met terechtwijzingen bij de inschrijving van de verzoekende partij; dat aangezien de verzoekende partij dat stuk niet van valsheid heeft beticht moet worden aangenomen dat zulkdanige bijlage niet aanwezig was op het tijdstip dat de ontwerper de inschrijvingen heeft onderzocht, aangezien het ondenkbaar is dat deze dat niet zou hebben vermeld en hij zeker een bespreking had moeten wijden aan de erin vervatte "terechtwijzingen", die een weerslag hadden op het bedrag van de inschrijving van de verzoekende partij, welke bovendien de laagste bleek te zijn; dat de ontwerper naderhand "in eer en geweten" heeft verklaard dat hij de kwestieuze bijlage niet heeft gezien; dat weliswaar wat voorafgaat de mogelijkheid niet uitsluit dat de kwestieuze bijlage zich wel bij de inschrijving bevond doch na het openen der inschrijvingen verloren is gegaan; dat het proces-verbaal van opening der inschrijvingen aangaande het aanwezig zijn van een bijlage met terechtwijzingen bij de inschrijving van de verzoekende partij niets vermeldt; dat daaruit echter geen sluitende gevolgtrekkingen kunnen worden afgeleid, mede omdat dit

proces-verbaal ook geen vermeldingen bevat aangaande de bijlagen uitmakende de voormelde "bescheiden" welke overeenkomstig het bestek bij de inschrijving moeten zijn gevoegd; dat de verzoekende partij ook de brief van 9 augustus 1990 van de ontwerper niet van valsheid betwist; dat uit de verwijzing daarin naar een brief van 21 augustus 1990 verder dan ook geen gevolgtrekkingen kunnen worden gehaald; dat wel enigszins verwonderlijk is dat bij een nader onderzoek van de inschrijvingen de verwijzing naar een bijlage met terechtwijzingen niet werd opgemerkt of geen aanleiding heeft gegeven tot enige opmerking in het verslag, noch tot een vraag om informatie bij de verzoekende partij;

2.4.2. Overwegende echter dat artikel 20, § 2, eerste lid, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 bepaalde dat de inschrijver de leemten in de samenvattende opmetingsstaat aanvult en de vergissingen die hij in de forfaitaire hoeveelheden ontdekt verbetert en dat hij bij zijn inschrijving een nota voegt ter verantwoording van de wijzigingen; dat de verzoekende partij weliswaar verklaart een nota bij haar inschrijving te hebben gevoegd, doch op de samenvattende opmetingsstaat zelf geen melding heeft gemaakt van de door haar ontdekte leemte in verband met de stoflatten; dat artikel 32, § 2, van hetzelfde koninklijk besluit, hetwelk de door het opdrachtgevend bestuur te volgen werkwijze schetst ingeval leemten werden vastgesteld door een inschrijver, er ook van uitgaat dat die leemten in de samenvattende opmetingsstaat werden aangevuld; dat bijgevolg de verwerende partij niet ten kwade kan worden geduid dat zij die voornoemde werkwijze niet heeft gevolgd, te meer daar niet met zekerheid kan worden aangetoond dat de bedoelde nota bij verzoeksters inschrijving was gevoegd;

2.4.3. Overwegende dat nadat aan de verzoekende partij reeds was medegedeeld dat zij de laagste inschrijving, weliswaar tegen de niet verhoogde prijs,

had ingediend en haar de opdracht werd toegewezen, aan de inschrijvers werd gevraagd of zij hun offertes handhaafden; dat de andere inschrijvers, en inzonderheid de n.v. Goedleven, daar bevestigend op hebben geantwoord, doch de verzoekende partij haar prijs aanpaste met 7 procent, waardoor zij niet meer de laagste was; dat zij dat evenmin was met haar oorspronkelijke inschrijving, voor zover deze te verhogen was met het bedrag voortspruitend uit de terechtwijzing, waarvan de verzoekende partij niet bereid bleek afstand te doen; dat zoals hiervoren vermeld, de verwerende partij er niet toe gehouden was de procedure van artikel 32, § 2, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 toe te passen; dat de vermelding in het aanbestedingsverslag "neen" in de kolom "conform met bescheiden" bij de inschrijving van de n.v. Goedleven naar het zeggen van de ontwerper enkel inhield dat de samenvattende opmetingsstaat niet was opgemaakt op het voorgedrukte document doch voor het overige conform de inschrijvingen op het inschrijvingsbiljet was, wat niet wordt weersproken door andere gegevens, zoals de omstandigheid dat die inschrijving niet onregelmatig werd bevonden; dat bijgevolg de verzoekende partij op geen enkel ogenblik als de laagste regelmatige inschrijver kon worden beschouwd; 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 terechtzitting, op 11 mei 1900 negenennegentig, 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.**