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. 80.309 van 19 mei 1999

A. 70.905/VI-14.772

In zake : **de naamloze vennootschap ALBAMA,**
die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. Bruno VAN DORPE, advocaat,
Beverlaai 10
8500 Kortrijk,

tegen :

de Regie der Gebouwen,
die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. Pierre LEGROS, advocaat,
Emile De Motlaan 19
1000 Brussel.

DE RAAD VAN STATE, VIe KAMER,

Gezien het op 9 september 1996 ingediende verzoekschrift, waarbij de naamloze vennootschap ALBAMA de nietigverklaring vordert van "de beslissing van 30 april 1996 waarbij de Regie der Gebouwen de opdracht : "Ukkel - Europese School Brussel I - Groene Jagerslaan 46. Renovatie van het gebouw Wetenschappen. Perceel 1 : ruwbouw, afwerking en coördinatie" aan de NV INDUSTRIEBOUW VERELST (Putte) gunt";

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 13 november 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 memorie van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 14 april 1999, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij wordt bepaald dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 12 mei 1999;

Gehoord het verslag van de heer HANSE, staatsraad;

Gehoord de opmerkingen van Mr. VAN DORPE, advocaat, die voor de verzoekende partij verschijnt, en van Mr. DERUYT, loco Mr. LEGROS, advocaat, die voor de verwerende partij verschijnt;

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

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 het beroep :

1. In "La Chronique" van 2 februari 1996 wordt in de rubriek "openbare werken" aangekondigd dat een opdracht wordt gegund voor de renovatie van het gebouw Wetenschappen in de Europese School Brussel 1, Groene Jagerslaan 46 te Ukkel, volgens bestek 95/30.2234/020 A.

2. In dat bestek 95/30.2234/020 A staat inzonderheid dat "de inschrijvingen van de openbare aanbesteding worden geopend op 7 maart 1996 om 11 uur."

In punt A.1.a. van de administratieve bepalingen van dat bestek wordt, bij de regelgevende teksten die op deze opdracht van toepassing zijn, melding gemaakt van "het ministerieel besluit van 10-08-1977 (B.S. van 08-09-1977, erratum B.S. van 31-12-1977, erratum B.S. van 31-01-1978) houdende vaststelling van de algemene aannemingsvoorwaarden van de overheidsopdrachten van werken, leveringen en diensten, gewijzigd bij de ministeriële besluiten van 16-12-1980 (B.S. van 19-12-1980) en 08-10-1985 (B.S. van 17-10-1985) en 23-04-1991 (B.S. van 30-04-1991).

In punt A.2.a. "prijsbepaling en controle", staat het volgende :

" Artikel 5 - - Waarborg van goede uitvoering
De bepalingen van artikel 5 van de algemene aannemingsvoorwaarden betreffende de borgstelling zijn niet van toepassing op deze opdracht.

De aannemer dient, in Belgische frank, een waarborg voor de goede uitvoering van zijn werken te stellen ten bate van de Regie der Gebouwen.

De waarborg van goede uitvoering moet worden verstrekt door een eersterangs financiële instelling en de volgende tekst moet er zonder enig voorbehoud in worden opgenomen :

"Op verzoek van de vennootschap ...., aannemer voor de werken van ...., delen wij u mede dat wij u onherroepelijk en onvoorwaardelijk de betaling waarborgen van een bedrag van ten hoogste ... Belgische frank, zodra u daarom verzoekt en zonder dat wij, om welke reden ook, de gegrondheid ervan kunnen betwisten.

Om ontvankelijk te zijn moet elke opvordering van de onderhavige waarborgsom ons per aangetekende brief worden toegestuurd, met vermelding van de reden of redenen van de opvordering.

In geval van faillissement, bedrijfsbeëindiging, liquidatie, gerechtelijk akkoord of om het even welke andere toestand die tot eenzijdige verbreking van het geheel of een gedeelte van de opdracht leidt, komt de volledige waarborg van rechtswege toe aan de Regie der Gebouwen en komt in mindering van de eventuele schadevergoeding.

Het vrijgeven van de waarborg geschiedt overeenkomstig de bepalingen van artikel 9 van het bestek betreffende de betrokken opdracht".

Deze waarborg bedraagt 50 % van het oorspronkelijke bedrag van de overeenkomst.

Het bewijs van de waarborgstelling dient per aangetekende brief te worden gericht tot de heer Hoofdingenieur-directeur, Willem de Zwijgerstraat 34 te 1040 Brussel.

Artikels 6 en 7 - Verzuim van waarborg van goede uitvoering en recht van de Regie der Gebouwen op deze waarborg

De bepalingen van de artikels 6 en 7 van de algemene aannemingsvoorwaarden zijn op de waarborg van goede uitvoering van toepassing, met dien verstande dat in de tekst de termen "borgtocht" door "waarborg van goede uitvoering" en "bestuur" door " Regie" dienen te worden vervangen.

Het stellen van de waarborg dient te gebeuren binnen de 10 kalenderdagen na de datum van gunning van de opdracht.

Er wordt van ambtswege en zonder ingebrekestelling een boete van 50.000,- BEF (vijftigduizend BEF) opgelegd per kalenderdag vertraging en dit zonder beperking van het bedrag.

Artikel 9 - Vrijmaking van de waarborg van goede uitvoering

De tekst van artikel 9 van de algemene aannemingsvoorwaarden wordt door de hierna volgende bepalingen vervangen :

"De vrijmaking van de waarborg van goede uitvoering geschiedt door de Regie na afhouding van de bedragen die de aannemer eventueel aan de Regie verschuldigd is en op de volgende manier :

a) 20 % na uitvoering van 50 % van het oorspronkelijk bedrag van de opdracht

b) 30 % na de uitvoering van 90 % van de opdracht

c) 45 % bij de voorlopige oplevering van de werken

d) 5 % bij de definitieve oplevering van de werken".

3. Op 29 februari 1996 deelt de vzw Nationale Confederatie van het Bouwbedrijf aan de Regie der Gebouwen mee dat ze het onwettig vindt dat een waarborg van goede uitvoering ten belope van 50 % van het bedrag van de opdracht op eerste verzoek moet worden voldaan en stelt ze de Regie voor op de artikelen van de algemene aannemingsvoorwaarden terug te grijpen.

4. In "La Chronique" van 15 maart 1996 wordt een rechtzetting voor de te gunnen opdracht gepubliceerd waarin staat dat de aanbesteding van 14 naar 21 maart 1996 wordt verschoven en dat de borgstelling vermeld in artikel 5, 3, van het bestek vervangen wordt door de waarborg van goede uitvoering vermeld in de artikelen 5, 6, 7 en 9.

5. Op 21 maart 1996 voegt de verzoekende partij een nota over artikel 5 "waarborg van goede uitvoering" bij haar offerte, waarin ze inzonderheid het volgende schrijft :

" (...) indien u gevolg geeft aan de aanbesteding en onze offerte afwijst omdat ze niet aan de bepalingen van artikel 5 van het bestek voldoet, zullen wij de zaak voorleggen aan de Raad van State, zodat de manier waarop deze opdracht is gegund, geschorst en/of vernietigd kan worden."

6. Op 5 april 1996 worden de 14 ingediende offerten in een verslag van ingenieur SMEYERS van de Regie der Gebouwen gerangschikt.

Geen enkele offerte wordt onregelmatig verklaard, inzonderheid gelet op de vereiste waarborg van goede uitvoering.

Zelfs na de gebruikelijke controle en verbeteringen blijft de offerte van de verzoekende partij op de vierde plaats gerangschikt.

In het verslag wordt voorgesteld dat de opdracht wordt gegund aan de laagste inschrijver, namelijk de vennootschap VERELST INDUSTRIEBOUW uit Putte.

7. Op 15 april 1996 schrijft het bijkantoor van Moeskroen van het Crédit Général aan de verzoekende partij dat ze haar aanvraag om een onherroepelijke waarborg op eerste verzoek van meer dan 21 miljoen niet kan inwilligen, omdat dit bedrag haar financiële draagkracht te boven gaat.

8. Op 30 april 1996 gunt directeur-generaal LAURIKS, namens de Minister, de opdracht aan de vennootschap VERELST INDUSTRIEBOUW.

In zijn beslissing staat dat "de inschrijving d.d. 21-03-1996 van VERELST Industriebouw nv moet worden beschouwd als de laagste regelmatige inschrijving, gelet op :

- het definitief weerhouden inschrijvingsbedrag (art. 31 en 32 K.B. van 22-04-1977) ten bedrage van 41.716.048 BEF in vrijstelling van de B.T.W.;
- de conformiteit van de inschrijving met de essentiële bepalingen van het bestek;
- de registratie in de categorie 02.10.13;
- de erkenning in de categorieën en klassen D-klasse 8 en ondercategorie D1-klasse 8;
- het voldaan zijn aan de verplichtingen inzake de R.S.Z.-bijdrage (3e kwartaal 1995)."

Dat is de bestreden behandeling.

9. Op 7 mei 1996 stelt de Regie der Gebouwen de aannemer ervan in kennis dat zijn offerte aanvaard is en vraagt ze dat hij binnen 10 kalenderdagen het bewijs van een bankgarantie van 20.858.024 frank overlegt, wat hij achteraf ook doet.

Overwegende dat de verwerende partij betwist dat de verzoekende partij belang heeft bij het beroep, aangezien ze volgens haar niet kan bewijzen dat de drie offerten die vóór haar gerangschikt stonden, onregelmatig waren en voor haar offerte hadden moeten wijken; dat ze onderstreept dat "zulks uit geen enkel onderdeel van het enige middel van het beroep kan worden afgeleid";

Overwegende dat de verwerende partij in feite de ontstentenis van belang bij het middel aanvoert; dat de exceptie verband houdt met het onderzoek van het middel, inzonderheid van de ontvankelijkheid ervan;

Overwegende dat dit middel ontleend is aan de "schending van artikel 3, § 2, 1°, van het KB van 22 april 1977 en aan de schending van de artikelen 5, 6, 7 en 9 van het ministerieel besluit van 10 augustus 1977 houdende vaststelling van de algemene aannemingsvoor-waarden van de overheidsopdrachten van werken, leveringen en diensten (eerste onderdeel), aan de schending van artikel 10 van het koninklijk besluit van 26 september 1991 tot vaststelling van bepaalde toepassingsmaatregelen van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken (tweede onderdeel), en aan de schending van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (derde onderdeel)"; dat de verzoekende partij in het eerste onderdeel van het middel aanvoert dat "noch het enorme

verschil tussen de waarborg van 5 % bepaald in artikel 5, § 1, van het ministerieel besluit van 10 augustus 1977 en die van 50 % in het bestek", noch de hoedanigheid van "waarborg op eerste verzoek zonder de gegrondheid ervan om welke reden ook te kunnen betwisten" gerechtvaardigd zijn door de bijzondere vereisten van de opdracht; dat ze betoogt dat zulk een bepaling in het voordeel van bepaalde ondernemers kan zijn; dat ze in het tweede onderdeel aanvoert dat de aangevochten buitensporige bepaling de financiële aspecten van de erkenningsregeling overbodig maakt en schendt; dat ze in het derde onderdeel aanvoert dat noch het bestek, noch de toewijzingsbeslissing van 30 april 1996 met redenen zijn omkleed, wat tot gevolg heeft dat die bepalingen en de eigenlijke bestreden handeling onwettig zijn, aangezien "de waarborgbepalingen als individuele beslissingen moeten worden beschouwd in die zin dat ze tot doel hebben rechtsgevolgen voor één of meer burgers teweeg te brengen";

Overwegende dat de verwerende partij in hoofdorde aanvoert dat het eerste en het tweede onderdeel van het enige middel niet-ontvankelijk zijn, daar de verzoekende partij er geen belang bij heeft; dat ze inzonderheid opmerkt dat de verzoekende partij niets inbrengt tegen de rangschikking die de verwerende partij op basis van het bedrag van de verschillende inschrijvers heeft opgemaakt en dat geenszins vaststaat dat de omstandigheid dat de offerte van de verzoekende partij op de vierde plaats gerangschikt is, zou voortvloeien uit de omstandigheid dat een bankgarantie op eerste verzoek ten belope van 50 % van het bedrag van de werkzaamheden geëist wordt; dat ze benadrukt dat een verzoeker er geen belang bij heeft een onwettigheid aan te voeren die hem geen persoonlijk nadeel heeft berokkend;

Overwegende dat in het enige middel uit verschillende gezichtspunten de onwettigheid van de bepaling betreffende de waarborg van goede uitvoering wordt aangevoerd;

Overwegende dat uit het bestek niet kan worden opgemaakt dat de klasse van waarborg van goede uitvoering als een voorwaarde voor de regelmatigheid van de inschrijvingen moest worden beschouwd, te meer daar die waarborg slechts binnen 10 kalenderdagen na de kennisgeving van de opdracht moest worden overgelegd (punt A.2.a. van het bestek, artikelen 6 en 7); dat uit het administratief dossier blijkt dat de bepaling betreffende de waarborg van goede uitvoering de verzoekende partij er niet van weerhouden heeft een offerte in te dienen, de verwerende partij er niet toe gebracht heeft die offerte als onregelmatig te beschouwen, geen invloed heeft gehad op de rangschikking van de offerten, een rangschikking die alleen op het bedrag van de offerten gebaseerd is, en evenmin invloed heeft gehad op de beslissing vervat in de bestreden handeling; dat de verzoekende partij niet aantoont dat de rangschikking van haar offerte op enigerlei wijze door die bepaling zou zijn beïnvloed; dat ze bijgevolg niet van enig belang bij het beroep heeft doen blijken en dit middel niet-ontvankelijk is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten, bepaald op 4.000 frank, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van de VIe kamer, op negentien mei 1900 negenennegentig door :

de HH.	CLOSSET,	kamervoorzitter,
	HANSE,	staatsraad,
	LEWALLE,	staatsraad,
	HARMEL,	griffier.

De Griffier, **De Voorzitter,**

P. HARMEL. **Ch.-L. CLOSSET.**

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