

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 81.418 van 29 juni 1999
in de zaak A. 43.975/XII-123.**

In zake : de b.v.b.a. Maesservice,
die woonplaats kiest bij,
advocaat M. BALLON,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
Justitiestraat 77

tegen :

1. het openbaar centrum voor maatschappelijk
welzijn van Dendermonde,
2. de v.z.w. Algemeen ziekenhuis Onze Lieve
Vrouw van Troost.

D E R A A D V A N S T A T E , X I I e K A M E R ,

Gezien het verzoekschrift dat de b.v.b.a. Maesservice op 13 maart 1991 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing "waarbij de aanbesteding voor het uitvoeren van het perceel 33 - stookplaatsinrichting voor het Gewestelijk Ziekenhuis te Dendermonde, gegund werd aan de b.v.b.a. STALLO uit Kalken voor de som van 14.957.549 fr.";

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur J. STEVENS;

Gelet op de beschikking van 16 april 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 van de verzoekende

partij en van de eerste verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 11 maart 1999 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 20 april 1999, op welke datum de zaak is uitgesteld tot de terechtzitting van 25 mei 1999;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat M. BALLON, en van advocaat A. JANSSENS, die loco advocaat M. BALLON verschijnen voor de verzoekende partij, van advocaat P. SEYMOENS die, loco advocaten G. LENSSENS en P. VAN LEMBERGEN verschijnt voor de eerste verwerende partij, en van advocaten E. DESAIR en C. DE WOLF, die loco advocaat P. DE KOSTER verschijnen voor de tweede verwerende partij;

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. Een openbare aanbesteding wordt uitgeschreven voor het uitvoeren van het perceel 33 - stookplaatsinrichting in het gewestelijk ziekenhuis te Dendermonde.

1.2. In het toepasselijk bijzonder bestek wordt bepaald dat de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen

en diensten en het uitvoeringsbesluit van 22 april 1977 van toepassing zijn.

Als opdrachtgevende besturen worden aangeduid de v.z.w. Algemeen ziekenhuis O.L. Vrouw van Troost - hierna : het OLVLT - en het Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn - hierna: OCMW - van Dendermonde.

Betreffende de betaling van de werken is bepaald dat het aandeel in de kostprijs voor 76,4% door het OLVLT wordt gedragen, terwijl het OCMW tussenkomt voor 23,6%.

De ontwerpers zijn de n.v. ABETEC en de architecten H. VAN ACKER en O. VAN SEVEREN. De coördinatie berust bij het coördinatiebureau n.v. R. DE BROCK.

1.3. In totaal worden er 10 inschrijvingen ingediend.

De verzoekende partij dient op 26 juni 1989 een inschrijving in voor een bedrag van 15.580.624 frank (exclusief B.T.W.).

De b.v.b.a. STALLO uit Kalken dient op 27 juni 1989 een inschrijving in voor een bedrag van 15.622.049 frank (exclusief B.T.W.) en vermeldt op de laatste bladzijde van haar samenvattende opmetingsstaat het volgende :

"VARIANTE
Met ketels 'FERROLI'
type PREX 2500 (2.500.00 kcal/h)
3 stuks :
Minprijs : 705.00 Fr. totaal".

1.4. De opening van de inschrijvingen heeft plaats op 28 juni 1989.

1.5. Volgens het aanbestedingsverslag van 4 juli 1989 van de ontwerpers en de coördinator is bij de opening de inschrijving van de b.v.b.a. THIRE GEBR. de laagste, de inschrijving van de verzoekende partij de tweede laagste en die van de b.v.b.a. STALLO de derde laagste.

De inschrijving van de b.v.b.a. THIRE GEBR. wordt onregelmatig bevonden.

In dat verslag wordt ten aanzien van de b.v.b.a. Stallo nog vermeld :

"Gezien de ketels 'Ferroli type Prex 2500' conform zijn met de voorwaarden van het bijzonder bestek bedraagt de minprijs 705.000, F.
Het nieuw totaal wordt 15.662.549 (verbeterd bedrag) - 705.000 = 14.957.549, F."

In de opgestelde definitieve volgorde is de b.v.b.a. STALLO als eerste gerangschikt, de verzoekende partij als tweede.

1.6. Op 5 juli 1989 beslist het bestuur van de v.z.w. Algemeen ziekenhuis O.L. Vrouw van Troost de opdracht toe te wijzen aan de b.v.b.a. STALLO.

1.7. De raad voor maatschappelijk welzijn van Dendermonde beslist op 12 juli 1989 de opdracht toe te wijzen aan de b.v.b.a. STALLO tegen de prijs van 14.957.549 frank, waarvan 23,6% ten laste valt van het OCMW.

Tevens wordt beslist het dossier ter goedkeuring voor te leggen aan de bevoegde gemeenschapsminister.

1.8. Met brief van 22 september 1989 informeert de verzoekende partij bij het studiebureau n.v. ABETEC naar de stand van zaken.

Het Coördinatiebureau n.v. R. DE BROCK, hierna te noemen, "het Coördinatiebureau" antwoordt met brief van 26 september 1989 dat de b.v.b.a. STALLO voor goedkeuring werd voorgesteld.

1.9. Op 21 november 1989 deelt de raadsman van de verzoekende partij zijn bezwaren mede aan de beide verwerende partijen.

Met brief van 30 november 1989 antwoordt het Coördinatiebureau onder meer dat de opdracht werd gegund aan de b.v.b.a. STALLO, dat gewacht wordt op de goedkeuring van de bevoegde gemeenschapsminister en dat het perceel waarschijnlijk heraanbesteed zal dienen te worden, rekening houdend met het feit dat die goedkeuring niet verwacht wordt vóór medio 1990.

1.10. Met brief van 22 februari 1990 wordt aan de b.v.b.a. STALLO de goedkeuring van de opdracht betekend.

1.11. Met brief van 15 november 1990 vraagt de raadsman van de verzoekende partij of de goedkeuring van de toewijzing reeds gebeurd is.

In het administratief dossier bevindt zich de kopie van een brief gedateerd 23 november 1990 waarin het Coördinatiebureau antwoordt dat het perceel op 22 februari 1990 aan de b.v.b.a. STALLO werd toegewezen.

1.12. Met brief van 18 januari 1991 herinnert verzoeksters raadsman aan zijn brief van 15 november 1990, waarop hij geen antwoord heeft gekregen.

Op 24 januari 1991 verwijst het Coördinatiebureau naar zijn brief van 23 november 1990, die in bijlage is toegevoegd.

Met brief van 28 januari 1991 deelt de raadsman van de verzoekende partij aan het Coördinatiebureau het volgende mee:

"Uw zogenaamd schrijven van 23 november 1990 is mij totaal onbekend en werd mij evenmin toegezonden. Ik dien dan ook ten stelligste Uw handelswijze af te keuren en protesteer met klem tegen dergelijke praktijken, die onduldbaar zijn en waaraan, na overleg met mijn cliënte, het passende gevolg zal gegeven worden.";

2. Over de bevoegdheid van de Raad van State.

2.1. Overwegende dat de tweede verwerende partij vooreerst stelt dat de wetgeving op de overheidsopdrachten niet op haar van toepassing is; dat zij meent dat zij, als vereniging zonder winstoogmerk waarvan geen overheidsbestuur lid is, niet behoort tot één van de categorieën van rechtspersonen vermeld in artikel 1 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; dat zij voorts betoogt dat, zelfs indien de Raad van State zou oordelen dat zij wel onder het toepassingsgebied van de wet valt, de Raad wat haar betreft toch onbevoegd is, omdat zij geen administratieve overheid is;

2.2. Overwegende dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord repliceert dat de wet op de overheidsopdrachten wel van toepassing is op de tweede verwerende partij aangezien deze bij het uitoefenen van haar werkzaamheden het beheer van een openbare dienst op zich heeft genomen en een opdracht van algemeen nut verwezenlijkt en dat de eerste en de tweede verwerende partij gezamenlijk als één opdrachtgevend bestuur zijn opgetreden en als één opdrachtgevend bestuur de gunning hebben verleend aan de b.v.b.a. STALLO; dat zij in haar laatste memorie nog stelt dat tot de bestreden gunning is besloten binnen het kader van de tussen verwerende partijen gesloten samenwerkingsovereenkomst van 9 juni 1975, m.a.w. dat de verwerende partijen deze gunning hebben gerealiseerd als feitelijke vereniging; dat zij hieruit afleidt dat, aangezien beide verwerende partijen als opdrachtgevend bestuur zijn opgetreden, de Raad van State wel degelijk bevoegd is t.a.v. de tweede verwerende partij;

2.3.1. Overwegende dat de vraag of de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten en haar uitvoeringsbesluiten van toepassing zijn op de onderhavige

openbare aanbesteding in zoverre de tweede verwerende partij als opdrachtgeefster optreedt, los staat van de bevoegdheid van de Raad van State om dat optreden op zijn wettigheid te toetsen; dat, immers, die wetgeving alleszins van toepassing is omdat het bestek het bepaalt en vervolgens omdat de eventuele onbevoegdheid van de Raad van State ten aanzien van de tweede verwerende partij wat haar betreft een toetsing aan die wetgeving door de gewone rechter niet in de weg staat; dat de Raad van State enkel bevoegd is om de eenzijdige rechtshandelingen van administratieve overheden nietig te verklaren;

2.3.2. Overwegende dat geen gegeven in het dossier de conclusie wettigt dat de tweede verwerende partij in werkelijkheid een administratieve overheid zou zijn; dat deze zich weliswaar inlaat met taken welke het algemeen nut betreffen, doch zulks niet afdoet aan de vaststelling dat zij noch door een openbare overheid werd opgericht noch bestuurd noch gecontroleerd wordt; dat beide voorwaarden vervuld moeten zijn vooraleer een rechtspersoon als openbare overheid kan worden betiteld;

2.3.3. Overwegende dat artikel 16 van de wet van 14 juli 1976 waarin bepaald is dat de gezamenlijke uitvoering van werken voor rekening van verschillende publiekrechtelijke personen in één enkele opdracht kan worden samengebracht ter zake niet van toepassing was, aangezien een van de gezamenlijk optredende opdrachtgevers geen publiekrechtelijke persoon is in de zin van de wet;

2.3.4. Overwegende dat blijkens de aan de Raad van State verstrekte gegevens de eerste en de tweede verwerende partij een feitelijke vereniging hebben gevormd met het oog op het begeven van de opdracht, waarbij zij zijn overeengekomen de bouwkosten ten laste te nemen pro rata een verdeling die uiteindelijk 23,6 % OCMW - 76,4 % OLVV blijkt te zijn; dat het vormen van een dergelijke feitelijke vereniging niet mee kan brengen dat de tweede

verwerende partij daardoor als administratieve overheid moet worden beschouwd, te meer daar de twee betrokken partijen blijkens het bestek wel samen als opdrachtgever optreden, doch als twee entiteiten en niet als één;

2.3.5. Overwegende dat uit wat voorafgaat volgt dat de Raad van State enkel bevoegd is voor de bestreden beslissing van het OCMW van Dendermonde, met andere woorden, voor een aandeel van 23,6% van de aanbesteding;

3. Over de ontvankelijkheid van het beroep.

3.1. Overwegende dat de eerste verwerende partij opwerpt dat het beroep laattijdig is ingediend, aangezien verzoekende partij bij schrijven van 30 november 1989 van het Coördinatiebureau op de hoogte werd gebracht van de beslissing tot toewijzing aan de b.v.b.a. STALLO;

3.2. Overwegende dat de brief van 30 november 1989, gelet op het voorwaardelijk en onzeker karakter van de erin gedane mededelingen, niet als een geldige kennisgeving kan worden beschouwd; dat de omstandigheid dat de verzoekende partij op zeker ogenblik bleek te weten dat zij de tweede laagste inschrijving had ingediend, niet aantoonst dat zij ook kennis had van de toewijzing aan de als laagste regelmatige beschouwde inschrijver; dat de eerste verwerende partij voorts niet aantoonst dat de onder punt 1.11. hiervoren vermelde brief gedateerd 23 november 1990, waarin het Coördinatiebureau antwoordt dat het perceel op 22 februari 1990 aan de b.v.b.a. STALLO werd toegewezen, daadwerkelijk werd verstuurd en ontvangen door de verzoekende partij; dat in dezen het beginsel moet gelden dat wie een onzekere wijze van kennisgeving hanteert, het bewijs ervan dient te leveren dat die kennisgeving effectief plaats heeft gevonden; dat de exceptie van laattijdigheid dan ook niet aangenomen kan worden;

4. Over de gegrondheid van het beroep.

4.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een 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; dat zij betoogt dat zij de laagste regelmatige inschrijving heeft ingediend en dat het opdrachtgevend bestuur niet gerechtigd was enige wijziging aan te brengen aan de regelmatig en tijdig ingediende inschrijvingen; dat zij een tweede middel put uit de schending van de artikelen 4, §3 en 34, 1° van het uitvoeringsbesluit van 22 april 1977, met name de onwettige toepassing van een variant, waarbij zij erop wijst dat in het bijzonder bestek van de openbare aanbesteding geen varianten worden toegestaan noch opgelegd; dat zij in een laatste middel aanvoert dat de inschrijving van de b.v.b.a. STALLO niet beantwoordt aan de voorwaarden van het bijzonder bestek;

4.2. Overwegende dat de eerste verwerende partij antwoordt dat het opdrachtgevend bestuur niet autonoom enige wijziging aan de inschrijving van b.v.b.a. STALLO aangebracht heeft, aangezien deze laatste in haar inschrijving zelf een variatie heeft vermeld met een minprijs van 705.000 frank; dat zij voorts stelt dat de b.v.b.a. STALLO verkeerdelijk de term "variante" heeft gebruikt nu de in variatie geplaatste ketels volledig conform het bestek bleken te zijn; dat zij wat betreft de conformiteit met het bijzonder bestek verwijst naar een stuk van het dossier, zijnde een fax van 29 mei 1991 van de n.v. ABETEC aan het Coördinatiebureau; dat zij besluit dat de inschrijving van de b.v.b.a. STALLO tegen de prijs van 14.957.549 frank volledig conform het bestek was;

4.3. Overwegende dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord nog doet gelden dat het

opdrachtgevend bestuur op het ogenblik van de gunning een type van ketel heeft aanvaard waarvan de conformiteit met het bijzonder bestek niet vaststond of niet met de nodige zekerheid vastgesteld kon worden; dat volgens haar de fax van 29 mei 1991 van de n.v. ABETEC in dat opzicht relevant is; dat met deze fax aan het Coördinatiebureau immers medegedeeld werd wat volgt :

"... Uit de standaarddocumentatie kon toen niet worden uitgemaakt of de ketel conform of niet conform was. De documentatie dekte inderdaad niet alle aspecten van het bestek.";

dat de verzoekende partij hieruit afleidt dat slechts met deze fax bevestiging werd gegeven van de conformiteit met de voorwaarden van het bestek, niettegenstaande de gunning blijkbaar dateert van 4 en 12 juli 1989 en de werken reeds op 1 april 1990 een aanvang hadden genomen;

4.4. Overwegende dat de eerste verwerende partij in haar laatste memorie uiteenzet dat de conformiteit van de Ferroli-ketels met het bestek reeds werd vastgesteld voorafgaandelijk aan de gunningsbeslissing; dat zij hiervoor verwijst naar rubriek 5.3 van het aanbestedingsverslag, waarin te lezen staat : "Gezien de ketels Ferroli type Prex 2500 conform zijn met de voorwaarden van het bijzonder bestek bedraagt de minprijs 705.000 BEF."; dat zij hieruit afleidt dat het gunningsbesluit geenszins uitging van enige "variante" in de zin van artikel 4, §3 van het uitvoeringsbesluit van 22 april 1977, doch wel integendeel van de volledige technische conformiteit van de Ferroli-ketels die slechts bij wijze van materiële vergissing en waarschijnlijk zonder veel nadenken werden geplaatst onder een rubriek "variante";

4.5.1. Overwegende dat op bladzijde 9 van de technische voorwaarden inzake de lage temperatuurketels onder andere is bepaald :

"Ketel uit elektrische gelaste staalplaat, geschikt

voor olie- en gasstook in gesloten verwarmingssystemen met aanvoertemperaturen van maximum 110 c.

De ketel is geschikt voor werking met glijdende, verlaagde ketelwatertemperatuur.

...
De ketel is voorzien van een watergekoelde of geïsoleerde voorzijde en een stevige glaswolisolatie van minimum 12 cm dikte over de volledige buitenoppervlakte. ...

Nominaal vermogen : 2.900 kw

...";

dat post c1.1 van de samenvattende opmetingsstaat luidt :

"Lage temperatuurketel 2.900 kw met alle toebehoren";

4.5.2. Overwegende dat de eenheidsprijs van de verzoekende partij voor die post 1.088.000 frank bedroeg en de eenheidsprijs van b.v.b.a. STALLO 917.280 frank; dat die laatste zoals vermeld in punt 1.3 als variant voorzag in een vermindering van 705.000 frank voor de drie, of 235.000 fr. voor één, zodat de eenheidsprijs voor die post dan 682.280 frank zou worden;

4.5.3. Overwegende dat inzake overheidsopdrachten met "variante" bedoeld wordt op iets dat afwijkt van wat gevraagd is; dat als bewijs van het conform zijn en geen variatie, de eerste verwerende partij in haar memorie van antwoord verwijst naar een fax van 29 mei 1991 van de n.v. ABETEC aan het coördinatiebureau met volgende inhoud :

"De inschrijver, firma STALLO, had dus een tweede offerte ingediend met Ferroli-ketels.

Uit de standaarddocumentatie kon toen niet worden uitgemaakt of de ketel conform of niet conform was.

De documentatie dekte inderdaad niet alle aspecten van het bestek.

Derhalve werd om bijkomende uitleg gevraagd, aangezien het ging om een voor het bestuur financieel interessante offerte.

Met deze bijkomende uitleg werd bevestigd dat de ketel wel volledig conform is.";

Overwegende dat dit stuk op zichzelf niet vermag aan te tonen dat de "variante" voorafgaande aan

de toewijzing in overeenstemming met het bestek werd bevonden, daar het van twee jaar na de bestreden beslissing dateert; dat echter, in het op 4 juli 1989 gedateerd "verslag onderzoek aanbestedingsresultaten", waarvan een origineel exemplaar is overgelegd, onder "technisch nazicht, 5.3. b.v.b.a. STALLO " te lezen staat:

"Gezien de ketels 'Ferroli type Prex 2500' conform zijn met de voorwaarden van het bijzonder bestek bedraagt de minprijs 705.000,-F. Het nieuw totaal wordt $15.662.549 - 705.000 = 14.957.549,-F.$ ";

Overwegende dat de stukken uitmakende de "standaard documentatie" en de "bijkomende uitleg", waaruit zou blijken dat de voorgestelde Ferroli-ketel wel degelijk conform was, niet werden overlegd; dat mede gelet op de summiere bewoordingen waarmede tot de conformiteit van de bewuste ketel besloten werd, niet kan worden aangenomen dat deze toentertijd afdoende was gebleken; dat het eerste en het tweede middel dienvolgens gegrond zijn,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van 12 juli 1989 van de raad voor maatschappelijk welzijn van Dendermonde om 23,6 % van de opdracht voor het uitvoeren van het perceel 33 - stookplaatsinrichting voor het Gewestelijk Ziekenhuis te Dendermonde - te gunnen aan de b.v.b.a. STALLO te Kalken.

Artikel 2.

Het beroep wordt voor het overige verworpen.

Artikel 3.

De kosten van het beroep, bepaald op vierduizend frank, komen ten laste van de eerste verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op negenentwintig juni 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.