

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 82.959 van 19 oktober 1999
in de zaak A. 44.763/XII-193.**

In zake : de BVBA Algemene Ondernemingen AERTS,
gevestigd te LIER,
Paaistraat 9

tegen :

de gemeente NIEL.

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 BVBA Algemene Ondernemingen AERTS op 7 september 1991 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van "de beslissing d.d. 26.06.1991 om de werken ingevolge openbare aanbesteding d.d. 13.11.1990 (verbouwings- en uitbreidingswerken gemeentehuis) toe te wijzen aan een andere inschrijver dan verzoekster;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur J. STEVENS;

Gelet op de beschikking van 26 september 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 20 juli 1999 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 28 september 1999;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat K. TURKRY, die loco advocaat D. BEYENS verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat Chr. COEN, 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;

1. Over de rechtspleging.

Overwegende dat de verzoekende partij vraagt de memorie van antwoord als laattijdig ingediend uit de debatten te weren; dat de memorie van antwoord, die binnen de zestig dagen moest worden ingediend, ter post aangetekend is verzonden op 25 oktober 1991, hetzij de achtenvijftigste dag nadat op 28 augustus 1991 aan de verwerende partij het verzoekschrift was betekend; dat op de vraag van verzoekende partij niet kan worden ingegaan;

2. Over de gegevens van de zaak.

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

2.1. Met het oog op de verbouwing en uitbreiding van het gemeentehuis, perceel ruwbouw en afwerking,

organiseert de verwerende partij een openbare aanbesteding.

Het bestek bepaalt inzake art. 13.8 zonnewering :

"Het buitenschrijnwerk van het sekretariaat (zuid en west georiënteerd) zal voorzien worden van een zonnewering, die vertikaal voor het glas wordt geplaatst in de vorm van een rolgordijn.
...";

In de samenvattende opmetingsstaat staat :

"13.8	Zonnewering	stuk	2.00"
-------	-------------	------	-------

In de gedetailleerde meetstaat staat :

"13.8	Zonnewering	3,03 x 3,00	2 stuk	2.00"
-------	-------------	-------------	--------	-------

In de gedetailleerde meetstaat staan bij post 13.2 ook de afmetingen van het buitenschrijnwerk west- en zuidgevel waar de zonnewering dient aangebracht te worden nl. resp. 3,03 x 2,96 en 3,03 en 4,10.

2.2. Bij de opening van de offertes op 13 november 1991 blijkt dat verzoekende partij de laagste inschrijver is met 6.131.042 fr.

Verzoekende partij heeft bij haar inschrijvingsformulier een nota gevoegd met 11 "terechtwijzingen".

"Terechtwijzing" 9 betreft post 13.8 zonnewering en luidt als volgt :

"Volgens het bijzonder bestek is er zonnewering te voorzien aan het zuid en west georiënteerd buitenschrijnwerk. Volgens de gedetailleerde meetstaat betreft het 20 stuks ramen van 3,03 x 3,00 m, volgens onze meting betreft het 1 stuk van 3,03 x 3,00 m en 1 stuk van 3,03 x 4,10 m. We geven hier onze meerprijs voor deze uitvoering. Tevens willen wij opmerken dat het raam van 3,03 x 4,10 m zal uitgevoerd worden met

1 kast, 2 doeken en tussengeleiders, gezien de aanwezige metalen kolom.
meerprijs S.O.G. : 28.500 fr., excl. B.T.W."

2.3. De offertes worden onderzocht en besproken in het aanbestedingsverslag van 7 januari 1991.

Wat de hier aan de orde zijnde betwisting betreft, wordt daarin gesteld :

"Art. 13.8 zonnewering
De aannemer merkt de foutieve afmetingen op van de zonnewering.
A. hoeveelheid architect : 2 x 3.03 m x 3,00 m
B. hoeveelheid aannemer : 1 x 3,03 m x 4,10 m met tussengeleider; 1 x 3,03 m x 3,00 m
C. de opmerking wordt aanvaard voor firma AERTS daar zij dit opmerkte en een supplementaire prijs vraagt voor het grotere model
D. de juiste hoeveelheid : 2 stuks die volgens bestek zuid en west georiënteerd zijn en op de plannen duidelijke afmetingen weergeeft. De afmeting in de gedetailleerde metingsstaat is ter informatieve titel.
E. voor de verrekening wordt een supplementaire prijs aanvaard voor de firma AERTS; voor de overige aannemers wordt de inschrijvingsprijs behouden."

De definitieve rangschikking wordt dan :

"1. René Veulemans BVBA : 6.284.337 fr.
2. Aerts BVBA : 6.299.556 fr.
...".

2.4. Op 25 juni 1991 besluit het college van burgemeester en schepenen de werken toe te wijzen aan de BVBA René VEULEMANS mits de aangepaste biedingssom van 6.283.320 fr., excl. BTW., de laagste bidder zijnde.

2.5. Met brief van 26 juni 1991 wordt aan de verzoekende partij medegedeeld, "in uitvoering van het K.B. van 22.04.1977 inzonder art. 37 ..." dat de opdracht gegund werd aan voormelde aannemer; een kopie van het aanbestedingsverslag en het verslag van de provinciale bouwdienst wordt meegezonden;

3. Over de gegrondheid van het beroep.

3.1.1. Overwegende dat verzoekster in een eerste middel dubbelzinnigheid in de motieven van de bestreden beslissing en schending van de artikelen 32 en 37, § 1, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor de aanneming van werken, leveringen en diensten aanvoert, doordat die beslissing verwijst naar artikel 37 van het voornoemde koninklijk besluit, doch als motivering ervan het aanbestedingsverslag van de architect aanhaalt, waarin de rangschikking der inschrijvingen werd opgesteld op basis van artikel 32 van dat koninklijk besluit;

3.1.2. Overwegende dat enkel de kennisgeving van 26 juni 1991 aan verzoekster van de bestreden beslissing melding maakt van artikel 37 van het koninklijk besluit van 22 april 1977; dat dit weliswaar ten onrechte is gebeurd, aangezien bedoeld artikel de modaliteiten bepaalt waaronder kennis moet worden gegeven van de beslissing waarbij in toepassing van artikel 12, § 2, van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor de aanneming van werken, leveringen en diensten, afgeweken wordt van de regel van de toewijzing aan de laagste regelmatige inschrijver, een te laat ingekomen doch toch aanvaarde inschrijving wordt aangenomen of helemaal geen gevolg wordt gegeven aan de aanbesteding, en de bestreden beslissing geen dezer gevallen betrof; dat een vergissing bij de kennisgeving -welke ter zake overigens werd rechtgezet met brief van 25 juli 1991- de geldigheid van de medegedeelde beslissing zelf echter niet vermag aan te tasten; dat overigens bij de kennisgeving de tekst van het aanbestedingsverslag was gevoegd; dat het middel niet gegrond is;

3.2.1. Overwegende dat verzoekster in een tweede middel de schending aanvoert van artikel 12, § 2, van de voormelde wet van 14 juli 1976 en van artikel 32, §§ 1

en 2, van het voornoemde koninklijk besluit van 22 april 1977, doordat de architect ten onrechte oordeelde dat de terechtwijzing van verzoekster met betrekking tot de zonnewering gegrond was, doch de bijgaande meerprijs enkel op haar inschrijving toepaste en niet op die van de andere inschrijvers, inzonderheid die van de firma Veulemans welke aldus als de laagste regelmatige werd beschouwd; dat verzoekster dit middel als volgt toelicht :

"Terechtwijzing nr. 9 van verzoekster luidde als volgt :

'Volgens het bijzonder bestek is er een zonnewering te voorzien aan het zuid en west georiënteerd buitenschrijnwerk. Volgens de gedetailleerde meetstaat betreft het 2 stuks ramen van 3,03 x 3,00 m, volgens onze meting betreft het 1 stuk van 3,03 x 3,00 m en 1 stuk van 3,03 x 4,10 m. We geven hier onze meerprijs voor deze uitvoering. Tevens willen wij opmerken dat het raam van 3,03 x 4,10 m zal uitgevoerd worden met 1 kast, 2 doeken en tussengeleiders, gezien de aanwezige metalen kolom.

Meerprijs : SOG : 28.500,- F excl. BTW.'

De aangestelde architect van tegenpartij stelde in zijn aanbestedingsverslag hieromtrent :

'De aannemer merkt de definitieve afmetingen op van de zonnewering.

A. Hoeveelheid architect : 2 x 3,03 m x 3,00 m

B. Hoeveelheid aannemer : 1 x 3,03 m x 4,10 m met tussengeleiders

1 x 3,03 m x 3,00 m

C. De opmerking wordt AANVAARD voor firma AERTS daar zij dit opmerkte en een supplementaire prijs vraagt voor het grotere model

D. juiste hoeveelheid : 2 stuks die volgens bestek zuid en west georiënteerd zijn en op de plannen duidelijke afmetingen weergeeft. De afmeting in de gedetailleerde meetstaat is ter informatieve titel.

E. Voor de verrekening wordt een supplementaire prijs aanvaard voor firma AERTS; voor de overige aannemers wordt de inschrijvingsprijs behouden'.

M.a.w. de architect aanvaardt volledig deze terechtwijzing, doch telt de meerprijs enkel bij de inschrijving van verzoekster.

Hierdoor wordt uiteraard de gelijkheid van de inschrijvingsprijzen geschonden, daar verzoekster zich tegen die meerprijs van 28.500,- F bovenop haar inschrijvingsprijs verbond de tweede zonnewering uit te voeren op maat van 3,03 x 4,10 m met 1 kast, 2 doeken en tussengeleiders ipv de voorziene van 3,03 x 3,00 m met 1 kast, 1 doek en zonder tussengeleiders.

M.a.w. verzoekster gaf een meerprijs op die sloeg op een uitvoering die trouwens beter aangepast was aan die aanwezige metalen kolom.

De andere inschrijvers -welke dit niet eens hadden opgemerkt- zijn eveneens gehouden tot de uitvoering van de tweede zonnewering op maat van 3,03 x 4,10 m (daar de plannen primeren bij tegenstrijdigheden), doch zij kunnen deze grotere zonnewering uitvoeren in 1 doek en zonder tussengeleiders (wat uiteraard ook goedkoper is dan de voorgestelde oplossing van verzoekster), waardoor er uiteraard geen gelijkheid meer is tussen de inschrijvers, daar de prijzen niet gelden voor gelijke werken.

Het is evident dat deze terechtwijzing nr. 9 van verzoekster een duidelijke toepassing vergt van art. 32 § 2 1° KB 22/4/77, m.a.w. verzoekster merkte deze leemte op, waardoor voor de overige inschrijvers een equivalente prijs dient toegerekend overeenkomstig de formule van art. 32 § 2, 1° 2de alinea KB 22/4/77.

Trouwens het is onbetwistbaar dat het in casu om een leemte handelt, daar de samenvattende meetstaat 2 stuks voorzag (zonder enig onderscheid) en de gedetailleerde meetstaat hiervoor de afmeting van 3,03 x 3,00 m opgaf (in tegenstrijd met de afmetingen op de plannen).

Art. 32 § 1 KB 22/4/77 kan hier niet toegepast worden, daar het in casu niet handelt over de 'hoeveelheid' van een post in de samenvattende opmetingsstaat (cfr: de prijs van de post 13.8 werd niet gevraagd per vierkante meter, doch wel per stuk met afmeting 3,03 x 3,00 m)!

Derhalve diende tegenpartij op grond van art. 32 § 2, 1° MB 22/4/77 bij de andere inschrijvers deze leemte toe te voegen en dit om dezelfde uitvoeringsbasis -en derhalve vergelijkingsbasis- der verschillende inschrijvers te handhaven".

3.2.2. Overwegende dat geen der partijen betwist dat wat de zonnewering betreft, de plannen duidelijk zijn, te weten 1 zonnewering van 3,03 op 3,00 m en 1 zonnewering van 3,03 op 4,10 m, ook al is in de samenvattende opmetingsstaat en in de gedetailleerde meetstaat sprake van 2 zonneweringen van 3,03 op 3 m;

3.2.3. Overwegende dat artikel 32, § 2, 1°, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 als volgt luidt :

"Indien een inschrijver enige leemte in de samenvattende opmetingsstaat van een aanneming van werken heeft aangevuld, onderzoekt het bestuur de gegrondheid van de aanvulling en verbetert deze eventueel";

dat artikel 20, § 2, van dat koninklijk besluit bepaalt :

"De inschrijver vult de leemten in de samenvattende opmetingsstaat aan en verbetert de vergissingen die hij in de forfaitaire hoeveelheden ontdekt, rekening houdend met de tekeningen, het bestek, zijn beroepskennis of persoonlijke bevindingen; hij voegt bij zijn inschrijving een nota ter verantwoording van de wijzigingen.
...";

3.2.4. Overwegende dat ter zake het niet ging om een aanvulling van een leemte in de samenvattende opmetingsstaat, aangezien in die opmetingsstaat geen afmetingen staan; dat wat verzoekster wel gedaan heeft, is een afmeting verbeteren in de gedetailleerde meetstaat, hetgeen niet wordt bedoeld door de ingeroepen bepaling; dat de toepasselijke reglementering geen bepaling bevat met betrekking tot de verbetering van vergissingen in de gedetailleerde meetstaat; dat de verwerende partij terecht opmerkt dat de metingen van de meetstaat slechts ten informatieve titel worden gegeven, dat de plannen daarop primeren en dat in principe de offertes op de gegevens van die plannen worden berekend; dat, zelfs indien zoals verzoekster beweert de zonnewering voor het tweede raam van 3,03 op 4,10 m een andere uitvoeringswijze vereist, de inschrijvers verondersteld moeten worden de plannen te hebben geraadpleegd, zulks te hebben vastgesteld en daarmee rekening te hebben gehouden bij het bepalen van hun inschrijvingsprijs; dat de verwerende partij de artikelen 20, § 2 en 32, § 1, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 juist heeft toegepast; 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 negentien oktober 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.