

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 83.122 van 26 oktober 1999
in de zaak A. 44.732/XII-2203.**

In zake : de NV KUMPEN,
gevestigd te HASSELT,
Paalsteenstraat 36

tegen :

de NV LE FOYER KOEKELBERGEOIS - DE
KOEKELBERGSE HAARD,
gevestigd te BRUSSEL,
Van Huffelplaats 6.

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 NV KUMPEN
op 2 augustus 1991 heeft ingediend om de nietig-
verklaring te vorderen van :

"-de beslissing van tegenpartij van ongeken-
de datum, haar medegedeeld bij schrijven van 19 juni
1991 verzonden door tegenpartij, waarbij de opdracht
"Bouw van een woongebouw met 62 woningen, een garage
voor 26 wagens, een vergaderzaal en een atelier
Schmitzstraat en Weverstraat te Koekelberg", werd
toegekend aan een andere aannemer, te weten de
n.v. Saelens en zoon, Oostmolenstraat, 28 te 9880 -
Aalter.

-de beslissing van tegenpartij van ongeken-
de datum houdende wering van de inschrijving van verzoekster
op voornoemde opdracht wegens onregelmatigheid.

-de impliciete weigering van tegenpartij van
ongekende datum om voornoemde opdracht aan
verzoekster toe te kennen.";

Gezien de regelmatig gewisselde memories van
antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur
J. STEVENS;

Gelet op de beschikking van 17 januari 1997 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 9 september 1999 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 5 oktober 1999;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. ZANARDI, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat N. WEINSTOCK, 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 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 voor "de bouw van een woongebouw met 62 woningen, een garage voor 26 wagens, een vergaderzaal en een atelier" waarvan de inschrijvingen worden geopend op 4 maart 1991.

1.2. Verzoekster blijkt met een bedrag van 141.881.250 frank (exclusief BTW) de laagste inschrijving te hebben ingediend.

1.3. Op 8 maart 1991 deelt verzoekster aan de verwerende partij mede dat de inschrijving met behulp van een computerlisting gebeurde en voegt zij bij haar brief alle met de hand geschreven gegevens op de bij het bestek gevoegde formulieren.

1.4. Het verslag van het onderzoek van de offertes vermeldt dat verzoekster een volledige offerte heeft ingediend, gemaakt op een computerlisting, zonder overschrijving op het formulier NM/B82.

1.5. Na raadpleging van de Vestigingsmaatschappij van het Brusselse Gewest deelt deze laatste met een brief van 25 maart 1991 aan de verwerende partij mede dat het bestuur de inschrijving van verzoekster moet weren, aangezien ze is aangetast door een substantiële onregelmatigheid, gelet op een op straffe van absolute nietigheid voorgeschreven bepaling van het bestek.

Bedoeld is het addendum bij het bestek waarin staat :

"Bij het bijzonder bestek zijn twee exemplaren van de opmetingsstaat gevoegd(voor elk perceel): het eerste exemplaar is bestemd voor de inschrijver, terwijl het tweede op straffe van absolute nietigheid bij de aanbesteding moet worden gevoegd, nadat de inschrijver het volledig heeft ingevuld en behoorlijk heeft ondertekend.

De inschrijver wordt gewezen op het feit dat dit document ook dient voor de controle en de vergelijking van de diverse offertes. Het is onontbeerlijk dat al de inschrijvers een identiek document gebruiken, dit om de controles te bespoedigen, wat zowel in het belang is van de Administratie als van al de inschrijvers. De listings afkomstig van de computer van de inschrijver kunnen bijgevolg de opmetingsstaat welke voor een aanbesteding werd opgesteld niet vervangen, expliciteren, aanvullen of wijzigen".

1.6. Op 27 maart 1991 besluit de raad van bestuur van de verwerende partij aan de Vestigingsmaatschappij van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest voor te stellen de opdracht toe te wijzen aan de NV SAELENS en Zoon, de laagste regelmatige inschrijver nu de inschrijving van verzoekster als onregelmatig wordt beschouwd.

1.7. De Vestigingsmaatschappij van het Brussels Gewest keurt op 30 april 1991 de beslissing van de raad van bestuur goed en op 19 juni 1991 wordt de beslissing, die het voorwerp uitmaakt van het voorliggend beroep, aan verzoekster betekend met de vermelding: "Aanbieding neergelegd op computer-listing en niet op samenvattende opmeting - zie deel 3 van het bijzonder bestek";

2. Over de gegrondheid van het beroep.

2.1.1. Overwegende dat verzoekster een eerste middel afleidt uit de schending van artikel 12, § 1, van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en van de artikelen 14, 20 en 25 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, evenals van het addendum -derde deel- bij het bijzonder bestek NM/B82, doordat haar inschrijving niet in aanmerking werd genomen als laagste regelmatige inschrijving omdat zij neergelegd was op computerlisting en niet op de samenvattende opmetingsstaat; dat verzoekster, onder verwijzing naar het arrest n.v. SOGETRA, nr. 14.843, van 25 juni 1971, stelt dat in de artikelen 14 en 25 van het voornoemde koninklijk besluit - waarin staat dat "De inschrijving (...) overeenkomstig het bij het bestek behorende model (wordt) opgemaakt." - met de term "inschrijving" enkel de gegevens voorkomende op het inschrijvingsbiljet als dusdanig worden bedoeld en dat de bijgevoegde samenvattende opmetingsstaat louter een detail weergeeft

van de prijs waarvoor de aannemer zich in de inschrijving verbonden heeft; dat verzoekster daaraan toevoegt dat de woorden "overeenkomstig", "het model" en "opge-maakt" er op wijzen dat artikel 14 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 niet voorschrijft dat de aannemer zijn inschrijving en de erbij gevoegde samen-vattende opmetingsstaat enkel op de bij het bestek gevoegde bladen mag "invullen" -hetgeen trouwens verschillend is van "opmaken" - maar wel dat hijzelf daartoe bladen mag opmaken voor zover deze maar beant-woorden aan het model van de inschrijving zoals het door het Bestuur bij het bestek gevoegd werd, teneinde de inschrijvingen eenvormig te maken en de vergelijking ervan te vergemakkelijken; dat verzoekster voorts betoogt dat de verwerende partij, door de aannemer te verplichten zijn offerte in te dienen op de bij het bestek gevoegde formulieren, een voorwaarde heeft toege-voegd aan artikel 14 van het voornoemde koninklijk besluit waarvoor het geen wettelijke bevoegdheid had, zodat de wet geschonden werd, aangezien de verwerende partij een substantiële onregelmatigheid heeft opgelegd; dat verzoekster verwijst naar het arrest PVBA Werkhuizen Firmin WAUTERS, nr. 24.544, van 28 juni 1984 en naar het arrest PVBA BAECK-JANSEN, nr. 19.894, van 6 november 1979, waarin hetwelk stelt : dat volgens artikel 14, eerste lid, de inschrijving opgesteld moet worden overeenkomstig het model aangegeven in het bijzonder lastenkohier, dat volgens het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 22 april 1977 die bepaling betrekking heeft op alles wat de uitwendige regelmatigheid van de aanbesteding betreft en zij tot doel heeft te vermijden dat belanghebbende inschrijvingen geweerd zouden moeten worden om louter vormfouten, dat door in het bijzonder bestek voor te schrijven dat de offertes ingediend moeten worden op daartoe bestemde en door de administratie verstrekte formulieren van inschrijving en formulieren van prijslijsten de verwerende partij meer gedaan heeft dan enkel het model bepalen voor de in-

schrijvingen, ze aldus, zonder daartoe enige wettige opdracht te hebben gekregen een bijkomende voorwaarde heeft toegevoegd aan de regeling vervat in het koninklijk besluit van 14 oktober 1964 betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat, en dat om die reden alleen reeds de toen bestreden beslissing vernietigd moest worden;

2.1.2. Overwegende dat de verwerende partij antwoordt dat door de rechtspraak algemeen aangenomen wordt dat een aan het bijzonder bestek niet conforme inschrijving behept is met een substantiële onregelmatigheid, zeker als het een op straffe van nietigheid voorgeschreven voorschrift betreft; dat zij voorts stelt dat het door verzoekster gemaakte onderscheid tussen de eigenlijke inschrijving en de samenvattende opmetingsstaat door geen enkel wets- of verordeningvoorschrift wordt gestaafd en dat de voorwaarde duidelijk op straffe van nietigheid was gesteld in het derde deel van het bijzonder bestek; dat volgens de verwerende partij de verwijzing naar het arrest BAECK en JANSSEN ten onrechte is aangezien dit arrest betrekking had op de verplichting de offertes te stellen op de inschrijvingsformulieren en op de prijslijsten door de administratie geleverd, met het oog op een perfecte overeenstemming van de geperforeerde nummering; dat de verwerende partij uiteenzet dat de computerlistings niet de essentiële onderverdelingen bevatten en de acht verplichte en nodige vermeldingen om een vergelijking mogelijk te maken niet werden overgenomen; dat de verwerende partij er nog aan toevoegt dat een inschrijver de beslissing waardoor de bouwheer de voorwaarden van de aanneming heeft vastgesteld niet meer kan betwisten ter gelegenheid van een vordering tot nietigverklaring van de toewijzing aan de laagste inschrijver wanneer de beslissing definitief is geworden;

2.1.3. Overwegende dat verzoekster in haar laatste memorie herhaalt dat haar inschrijving regelmatig was nu artikel 14 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 enkel het begrip "overeenkomstig" gebruikt zodat verzoekster, zeker wat betreft de samenvattende opmetingsstaat, geldig kon terugvallen op een computerlisting welke werd opgesteld "gelijkenis vertonend met" - "overeenkomstig" een bij het bestek behorend model; dat verzoekster verder aanvoert dat de verwerende partij niet consequent is nu zij stelt dat een onderscheid tussen de eigenlijke inschrijving en de samenvattende opmeting niet kan worden gestaafd door enige wettelijke of reglementaire bepaling zodat in de veronderstelling dat de verwerende partij uitgaat van de eenheid van het inschrijvingsbiljet en de samenvattende opmetingsstaat, volgens verzoekster moet worden besloten tot een schending van voornoemd artikel 14, eerste lid;

2.1.4.1. Overwegende dat artikel 14 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 bepaalt :

"De inschrijving wordt overeenkomstig het bij het bestek behorende model opgemaakt. Zij wordt door de inschrijver of zijn gemachtigde ondertekend.

Doorhalingen, overschrijvingen, aanvullingen of wijzigingen, zowel in de inschrijving als in de bijlagen, die de essentiële voorwaarden van de opdracht zoals prijzen, termijnen, technische specificaties kunnen beïnvloeden, moeten eveneens door de inschrijver of zijn gemachtigde ondertekend worden",

dat artikel 1, 5°, van hetzelfde besluit het begrip "samenvattende opmetingsstaat" als volgt definieert :

"een eventueel bij het bestek gevoegde tabel, waarin de prestaties van de opdracht voor aanneming van werken in verschillende posten, met opgave van de totale hoeveelheid voor elke post, zijn samengevat";

2.1.4.2. Overwegende dat uit de hiervoren overgeschreven bepalingen volgt dat de inschrijving en de

samenvattende opmetingsstaat twee onderscheiden begrippen zijn; dat een voorschrift in het bestek om de offerte in te dienen op de bij het bestek horende formulieren van inschrijving een bijkomende voorwaarde bij artikel 14, eerste lid, zou vormen zonder dat daartoe een wettelijke opdracht voorhanden is; dat, immers, artikel 14, eerste lid enkel vereist dat de inschrijving overeenkomstig het aangegeven model geschiedt en niet dat de inschrijving op het bij het bestek gevoegde formulier wordt ingevuld; dat het eerste lid van artikel 14 echter enkel betrekking heeft op de inschrijving, terwijl het tweede lid zowel op de inschrijving als op de samenvattende opmetingsstaat betrekking heeft;

2.1.4.3. Overwegende dat artikel 25, § 1, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 het bestuur toelaat om inschrijvingen als onregelmatig en derhalve als niet bestaande te beschouwen, "indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van afdeling 2", dat artikel 15, § 2, hetwelk deel uitmaakt van afdeling 2, bepaalt dat de bescheiden, modellen en monsters, die door het bestek worden vereist, bij de inschrijving moeten worden gevoegd en artikel 20, § 3, - ook deel uitmakend van afdeling 2 - meer in het bijzonder ten aanzien van de samenvattende opmetingsstaat bepaalt dat de inschrijver de vereiste gegevens moet vermelden; dat de verwerende partij op grond van artikel 25 van het voornoemde koninklijk besluit gebruik heeft gemaakt van haar recht om een inschrijving als onregelmatig en dus als - relatief - nietig en van gener waarde te beschouwen en zulks ook vooraf ter kennis heeft gebracht van de inschrijvers, namelijk in het addendum bij het bestek met de woorden: "Bij het bijzonder bestek zijn twee exemplaren van de opmetingsstaat gevoegd (voor elk perceel): het eerste exemplaar is bestemd voor de inschrijver, terwijl het tweede op straffe van absolute nietigheid bij de aanbesteding moet worden gevoegd, nadat de inschrijver

het volledig heeft ingevuld en behoorlijk heeft ondertekend.", en met de woorden: "De listings afkomstig van de computer van de inschrijver kunnen bijgevolg de opmetingsstaat welke voor een aanbesteding werd opgesteld niet vervangen, ..."; dat daarmee ook vooraf te kennen werd gegeven dat deze werkwijze essentieel was voor de verwerende partij, met het oog op de vergelijkbaarheid, zodat de onregelmatigheid meer betreft dan een louter formalisme en zodat de verwerende partij redelijkerwijze tot geen andere beslissing kon komen dan verzoeksters inschrijving als onregelmatig te weren; dat de omstandigheid dat het bestuur in het addendum bij het bestek spreekt van "absolute nietigheid", daar waar het slechts een relatieve nietigheid betreft, hierbij zonder belang is; dat de verwerende partij toen zij de inschrijving als onregelmatig weerde aan de artikelen 14, 20 en 25 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 een juiste toepassing heeft gegeven; dat het middel niet gegrond is;

2.2.1. Overwegende dat verzoekster in een tweede middel de schending aanvoert van artikel 6 - thans artikel 10 - van de Grondwet; dat zij de gelijkheid tussen de inschrijvers geschonden acht doordat het onderzoek en de beoordeling van de dossiers van de overige inschrijvers en inzonderheid het dossier van de aannemer aan wie de opdracht werd gegund op een andere manier is geschied dan bij verzoekster, zodat de opdracht ten onrechte niet aan haar werd toegewezen; dat verzoekster er aan toevoegt dat het bedrag vermeld in haar inschrijvingsbiljet overeenstemt met het totaal vermeld op de opmetingsstaat, zodat er geen twijfel nopens het bedrag noch nopens de verbintenis bestaat en dat de vergelijkbaarheid van de ingediende offertes door de bijlage van verzoekster niet in het gedrang wordt gebracht; dat verzoekster voorts stelt dat uit de voorbereidende werken blijkt dat de oorzaken van absolute nietigheid omwille van "niet-overeenkomstigheden van

loutere vorm" niet mogen worden vermeerderd; dat zij ten slotte nog verwijst naar het arrest NV MICHEL MICHIELS, nr. 19.533, van 27 maart 1979, waaruit zij citeert: "dat een openbare aanbesteding als het enigszins kan, een positief resultaat moet opleveren, wat insluit dat onregelmatigheden zoveel als enigszins mogelijk moeten worden goedge maakt onder een driedubbel voorbehoud, ten eerste, dat de onregelmatigheden geen vermoeden mogen rechtvaardigen dat ze in het gegeven geval, bedrog moeten mogelijk maken (...) ten nadele van de aanbesteder of van de andere inschrijvers, ten tweede, dat de onregelmatigheid niet van zodanige aard mag zijn dat zij in redelijkheid een vergelijking van de inschrijvingen onmogelijk maakt, en ten derde, dat door de onregelmatigheid goed te maken, het beginsel van de gelijkheid van de inschrijvers niet wordt geschonden" en dat verzoekster ten onrechte niet in aanmerking werd genomen als laagste regelmatige inschrijver;

2.2.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord stelt dat zij niet kon afwijken van de inschrijvingsvoorwaarden zonder het adagium "patere legem quam ipse fecisti" te schenden en dus de inschrijving van verzoekster als onregelmatig moest beschouwen; dat de verwerende partij betoogt dat een inschrijver waarvan de inschrijving regelmatig is geweerd geen belang heeft om de toewijzing van de aanneming aan een regelmatige inschrijver te bestrijden en enkel nog middelen betreffende de regelmatigheid zelf kan aanvoeren;

2.2.3. Overwegende dat de verwerende partij de betrokken besteksbepaling op dezelfde wijze heeft toegepast ten aanzien van de opmetingsstaat gevoegd bij de inschrijving van verzoekster als ten aanzien van die van de andere inschrijvingen, inzonderheid van de NV SAELENS en Zoon, en daarbij geconstateerd werd dat de opmetingsstaat van verzoekster, in tegenstelling tot die

van de andere inschrijvers, er niet conform mede was; dat het gelijkheidsbeginsel derhalve niet werd geschonden; dat voor het overige kan worden verwezen naar hetgeen reeds gezegd werd bij de behandeling van het eerste middel; dat het tweede middel eveneens ongegrond 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 verzoekster.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare
terechtzing, op zesentwintig 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.