

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 83.785 van 2 december 1999
in de zaak A. 83.860/XII-2034.**

In zake : de Algemene Bouwonderneming NV VAN HECKE
Gebroeders,
die woonplaats kiest bij
advocaat M. COTTYN,
kantoor houdende te AALST,
Leopoldlaan 32 A, bus 1-2

tegen :

het Gemeenschapsonderwijs.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de Algemene Bouwonderneming NV VAN HECKE Gebroeders op 30 april 1999 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van "de beslissing van verwerende partij houdende weigering tot toewijzing van een overheidsopdracht aan verzoekende partij ('beslissing niet-selectie'), ter kennis gebracht aan verzoekende partij bij schrijven d.d. 2.03.1999";

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partij de vernietiging vordert van dezelfde beslissing;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur
J. STEVENS;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan
partijen;

Gelet op de beschikking van 5 oktober 1999 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 19 oktober 1999;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. VAN DER SNICKT, die loco advocaat M. COTTYN verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat B. VAN TIEGHEM, die loco advocaat R. ROMBAUT verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur J. STEVENS;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

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

1.1. De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor de opdracht aanneming van werken en leveringen met betrekking tot de ruwbouw en afwerking tweede fase van de nieuwbouw klassen voor het M.P.I. "De Oase" te Gent, inclusief het onderhoud van de werken gedurende de waarborgtermijn.

1.2. De opening van de offertes heeft plaats op 8 oktober 1998.

Twaalf offertes worden ingediend waaronder die van de verzoekende partij.

De prijs van de offerte van verzoekster bedraagt 61.883.215 fr., tegenover 61.573.608 fr. voor die van de NV CORTIER-VANDENBUSSCHE. In fine van haar

samenvattende opmetingsstaat vermeldt verzoekster onder "NOTA" :

"Bij eventuele toewijs der werken binnen de 60 dagen na datum aanbesteding, kunnen wij een korting toestaan van 2% op het bedrag van onze inschrijving".

1.3. Het aanbestedingsverslag vermeldt ten aanzien van de offerte van verzoekster :

"...Ingevolge art. 110 van het KB d.d. 8.01.1996 : onregelmatigheid van de offertes sluit de aannemer zichzelf uit (zie praktische commentaar pag 1063 'het begrip voorbehoud'). Dit is strijdig met het bestek waarin vermeld wordt op pagina 6 dat de aannemers door hun offerte gedurende een termijn van 120 kalenderdagen gebonden zijn.

Met haar brief van 26.11.1998 laat de firma weten dat zij de toegestane korting verlengt met 60 dagen. Daar de uitslag reeds gekend is, is dit met voorkennis en dus louter speculatief.

De inschrijving van de firma Van Hecke is hierdoor onregelmatig en wordt bijgevolg niet meer opgenomen in volgende rangschikking".

1.4. Op 21 januari 1999 beslist de centrale raad van de verwerende partij de uitvoering van de werken toe te vertrouwen aan de NV CORTIER-VANDENBUSCHE voor een bedrag van 61.560.647 fr.

1.5. Met aangetekende brief van 2 maart 1999 wordt de goedkeuring betekend aan voornoemde firma. De datum van aanvang der werken wordt vastgesteld op 12 april 1999.

1.6. Met brief van 2 maart 1999 deelt de verwerende partij aan verzoekster mede dat, onder verwijzing naar artikel 25, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken haar offerte niet in aanmerking genomen werd aangezien zij niet de voordeligste offerte heeft ingediend.

1.7. Met brief van 8 maart 1999 vraagt verzoekster de verwerende partij om meer uitleg.

1.8. Met brief van 16 maart 1999 deelt de verwerende partij aan verzoekster mede hetgeen in het aanbestedingsverslag ter zake is vermeld;

2. Over de ontvankelijkheid van de vordering.

Overwegende dat verwerende partij in haar nota een ontvankelijkheidsexceptie wegens gemis aan belang opwerpt, daar verzoeksters offerte onregelmatig zou zijn; dat die exceptie de grond van de zaak raakt en dan ook niet kan worden aangenomen;

3. Over de gegrondheid van de vordering.

3.1. Overwegende dat luidens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen die de vernietiging van de aangevochten rechtshandeling kunnen verantwoorden worden aangevoerd en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging ervan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

3.1.1. Overwegende dat verzoekster een eerste annulatiemiddel aanvoert, luidend als volgt :

"EERSTE MIDDEL : Schending motiveringsplicht

Doordat verwerende partij de reden van niet toewijzing aan verzoekster op twee verschillende wijzen motiveert, daar waar zij in het ene schrijven (stuk 4) vermeldt dat verzoekster niet de voordeligste offerte heeft gedaan en in het andere schrijven (stuk 7) stelt dat de offerte van verzoekster onregelmatig zou zijn geweest.

Terwijl een beslissing uiteraard slechts één geldig motief kan hebben.

Zodat verwerende partij in gebreke blijft op afdoende wijze te voldoen aan haar formele en materiële motiveringsplicht";

3.1.2. Overwegende dat de tegenstrijdigheid in de motivering welke verzoekster aanvoert vervat is in twee brieven van de verwerende partij waarbij haar kennis werd gegeven van de bestreden beslissing en van haar motieven; dat een gebrek in de kennisgeving van een administratieve rechtshandeling evenwel de geldigheid van die rechtshandeling zelf niet kan aantasten; dat bovendien er zelfs geen tegenstrijdigheid bestaat tussen die brieven, daar een onregelmatige offerte hoe dan ook niet de laagste is; dat het middel niet ernstig is;

3.2.1. Overwegende dat verzoekster een tweede middel aanvoert luidend als volgt :

"TWEEDE MIDDEL : Schending art. 110 K.B. betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

Doordat de verwerende partij stelt dat de offerte van verzoekster onregelmatig zou zijn gebeurd, daar zij onder voorbehoud zou zijn gedaan.

Terwijl verzoekster enkel een korting toestond indien zij de opdracht binnen de 60 dagen (later nog met 60 dagen verlengd) zou ontvangen.

Zodat in casu in geen geval sprake is van een voorbehoud.

Toelichting

Het K.B. geeft geen enkele verdere bepaling van hetgeen als een aanduiding van een 'voorbehoud' kan worden aangenomen.

Terzake wordt aanvaard dat het arrest HECK als een principiële beslissing kan gelden :

'Indien de opdrachtgever bevoegd is te besluiten dat de inschrijving van de eisende partij met een betrekkelijke nietigheid is behept, omdat ze een voorbehoud bevat en dat hij deze dan ook als dusdanig als onregelmatig mag afwijzen, moet hij zich -teneinde te kunnen vaststellen dat er een voorbehoud werd geformuleerd- baseren op gegevens waarvan duidelijk vaststaat dat de inschrijver van plan was een bepaalde, door het bestek opgelegde, verplichting te weigeren, of nog dat hij zijn akkoordbevindingen afhankelijk maakt van het toekennen van een niet door datzelfde bestek voorzien voordeel'.

(R.v.St. 27 maart 1979, nr. 19.535)

(praktische commentaar, p 1063)

In casu was het geenszins verzoeksters bedoeling om een door het bestek voorgeschreven beslissing te weigeren, en evenmin om van verweerster een bijkomend

voordeel te verkrijgen. Integendeel door het verlenen van de korting verleende verzoekster een bijkomend voordeel aan verweester, in plaats van haar een bijkomend voordeel te eisen.

Zo oordeelde de Raad van State in zijn arrest dd. 25 maart 1986 (nr. 25.305) het volgende :

'een korting die ondergeschikt wordt gemaakt aan het regelmatig betalen van de vorderingsstaten kan niet als voorbehoud worden beschouwd, omdat zij geen deel uitmaakt van de bedoeling om zich te onttrekken aan een verplichting, opgelegd door het bestek, of strekt tot het bekomen van een niet-voorzien voordeel. Deze bepaling strekt er enkel toe de opdrachtgever aan te moedigen regelmatig te betalen. Zelfs in de veronderstelling dat een dergelijke voorwaarde moet beschouwd worden als een voorbehoud, dan nog is zij geen afwijking aan één van de essentiële voorwaarden van het bestek, noch van enige andere voorwaarden'.

Derhalve dient te worden vastgesteld dat verweester volledig onterecht geen rekening heeft gehouden met de offerte van verzoekster";

3.2.2.1. Overwegende dat artikel 25, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt :

"Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen";

dat bedoeld artikel 89 als essentiële voorwaarden vermeldt: prijzen, termijnen, technische specificaties; dat volgens artikel 116 van hetzelfde koninklijk besluit de inschrijvers gebonden blijven door hun offerte gedurende een termijn van zestig kalenderdagen, ingaande de dag na de zitting voor de opening van de offertes, tenzij in het bestek een andere termijn is vermeld;

3.2.2.2. Overwegende dat in deze zaak overeenkomstig de mogelijkheid waarin voormeld artikel 116 voorziet, het bestek een andere termijn dan die van zestig kalen-

derdagen bepaalde, namelijk 120 dagen gedurende welke de inschrijvers door hun offerte gebonden blijven;

3.2.2.3. Overwegende dat verzoekster, door een korting aan te bieden van 2 pct op voorwaarde van "een eventuele toewijs der werken binnen de 60 dagen na datum aanbesteding", met die verlaagde prijs de termijn van gebonden zijn van 120 kalenderdagen niet meer eerbiedigt, hetgeen in strijd is met voormeld artikel 116; dat zij daardoor afwijkt van en derhalve een voorbehoud maakt ten aanzien van een in artikel 89 vermelde essentiële besteksbeplating, zodat de offerte substantieel onregelmatig is en derhalve absoluut nietig; dat de offerte van verzoekster terecht onregelmatig werd verklaard; dat het middel niet ernstig is;

3.3.1. Overwegende dat verzoekster als volgt een derde middel aanvoert :

"DERDE MIDDEL : Schending art. 15 Wet 24 december 1993 inzake overheidsopdrachten

Doordat de verwerende partij de offerte van verzoekster niet weerhield omdat deze niet de voordeligste zou zijn geweest.

Terwijl uit het inschrijvingsbiljet van verzoekster blijkt dat zij, met toepassing van de 2 % korting, de werken voor 60.645.550,- Bfr. kon verrichten, terwijl CORTIES-VANDEBUSSCHE (aan wie de opdracht werd toegewezen) de werken kon verrichten voor een bedrag van 61.560.647,- Bfr.

Zodat art. 15 van de wet, dat bepaald dat de toewijzing dient te gebeuren aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend, door verweerster niet op een correcte wijze werd toegepast";

3.3.2. Overwegende dat uit de bespreking van het tweede middel is gebleken dat de offerte met korting van 2 pct hoe dan ook niet in aanmerking kon worden genomen; dat, zelfs indien het opdrachtgevend bestuur verzoeksters offerte niet volledig onregelmatig had verklaard en enkel rekening had gehouden met haar basisofferte, d.i. zonder korting, deze dan niet de

laagste zou zijn geweest; dat het middel niet ernstig is;

3.4.1. Overwegende dat verzoekster als volgt een vierde middel aanvoert

"VIERDE MIDDEL : Schending van het algemeen rechtsbeginsel 'RECHT OP RECHTSZEKERHEID' en 'HET GEWEKTE VERTROUWEN'

Doordat verweerster de huidige inschrijving van verzoekster heeft geweigerd omdat hierin een voorbehoud zou zijn opgenomen.

Terwijl verzoekster eerder reeds een opdracht heeft vervuld voor verweerster. (stuk 8.c.) Dat het hierbij belangrijk is het inschrijvingsbiljet van verzoekster voor deze opdracht te bekijken, waar het opvalt dat verzoekster identiek dezelfde methode gebruikte als bij de huidige aanbesteding.

Ook bij dit inschrijvingsbiljet vermeldt verzoekster immers uitdrukkelijk 'bij toewijs der werken binnen de 90 dagen na datum aanbesteding, kunnen wij een korting toestaan van 2 % op ons inschrijvingsbedrag'. (stuk 8.b.) Deze opdracht werd -aan het verminderde bedrag- toegekend aan verzoekster.

Zodat verweerster door het wel toekennen van de vorige opdracht bij verzoekster in elk geval het idee liet ontstaan dat de vorige inschrijving volledig reglementair is verlopen";

3.4.2. Overwegende vooreerst dat de omstandigheid dat verzoekster vroeger op grond van een kortingsprijs met een onwettig voorbehoud een opdracht toegewezen zou hebben gekregen geen rechtvaardiging vormt om nogmaals dat voordeel te verkrijgen; dat bovendien de verwerende partij aanstipt dat in dat geval verzoeksters prijs ook zonder korting de laagste was;

3.5.1. Overwegende dat verzoekster als volgt een vijfde middel aanvoert :

"VIJFDE MIDDEL : Schending van de redelijkheidsnorm

Doordat verweerster de volledige inschrijving van verzoekster ongeldig verklaarde.

Terwijl zij zich ook had kunnen beperken tot het niet aanvaarden van de korting.

Zodat de inschrijving van verzoekster in dat geval toch had kunnen worden opgenomen in de vergelijking van de offertes";

3.5.2. Overwegende dat ten aanzien van dit middel het volstaat te verwijzen naar de bespreking van het tweede en derde middel; dat het middel niet ernstig is;

3.6.1. Overwegende dat verzoekster als volgt een zesde middel aanvoert :

"ZESDE MIDDEL : Schending van het algemeen beginsel van de zuinigheid

Doordat verweester door haar handelswijze ervoor heeft gezorgd dat zij geen gebruik kon maken van de door verzoekster aangeboden korting.

Terwijl zij als overheid de verplichting heeft zo zuinig mogelijk om te springen met de gelden welke haar ter beschikking staan, hetgeen verder gaat dan wat bepaald is in art. 15 van de wet op de openbare aanbestedingen, zodat verweester in casu zeker de verplichting had om indien mogelijk beroep te doen op de korting aangeboden door verzoekster.

Zodat het een verplichting van verweester was een beslissing te nemen binnen de termijn waarbinnen de korting aangeboden door verzoekster kon worden genoten";

3.6.2. Overwegende dat de verplichting welke op de overheid rust om zo zuinig mogelijk gebruik te maken van de openbare gelden welke tot haar beschikking zijn, haar niet ontslaat van de verplichting de wetten en verordeningen na te leven; dat het middel niet ernstig is;

3.7. Overwegende dat aangezien geen der middelen als ernstig kan worden beschouwd, de vordering tot schorsing moet worden afgewezen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 2.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op twee december 1900 negenennegentig, door :

de H. J. DE BRABANDERE,
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. DE BRABANDERE.