

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 83.786 van 2 december 1999
in de zaak A. 84.791/XII-2095.**

In zake : de NV ALDO TROIANI,
die woonplaats kiest bij
advocaten E. GILLET en B. LAMBRECHT,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Brand Whitlocklaan 30

tegen :

de CVBA Inter-Vilvoordse Maatschappij voor
Huisvesting.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV ALDO TROIANI op 11 juni 1999 heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van "twee beslissingen van onbekende datum, aan verzoekster ter kennis gebracht met een aangetekend schrijven van 22 april 1999, de eerste, om de procedure voor de aanbesteding van een overheidsopdracht tot 'vernieuwen van daken bij 412 woningen in de wijk Houtem te 1800 Vilvoorde' stop te zetten, de tweede om tot heraanbesteding van deze opdracht over te gaan";

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 2 september 1999 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 28 september 1999;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat B. LAMBRECHT, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat E. DE MEY, die 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 verwerende partij een openbare aanbesteding uitschrijft omfattende twee percelen, namelijk het vernieuwen eensdeels van daken en anderdeels van de gevelbekleding, goten en afvoerbuizen, luifelbekleding en schilderwerken bij 412 woningen; dat de inschrijvers prijs moeten opgeven per perceel, doch in de samenvattende opmetingsstaat geen onderscheid gemaakt wordt naargelang de percelen; dat bij het openen van de offertes blijkt dat verzoekster voor de beide percelen samen de laagste prijs heeft voorgesteld en dat de meeste inschrijvers enkel een globale prijs hebben voorgesteld; dat de tweede laagste inschrijver, om verantwoording gevraagd over een abnormale hoge eenheidsprijs, antwoordt dat een materiële vergissing werd begaan : een cijfer te veel, en toegelaten wordt zijn offerte te verbeteren, waardoor deze voor de twee percelen samen lager wordt dan die van verzoekster; dat de toewijzing door de verwerende partij aan die inschrijver echter niet wordt goedgekeurd door de

Vlaamse Huisvestingsmaatschappij, waarop met brief van 15 april 1999 aan de inschrijvers wordt medegedeeld dat er besloten werd tot heraanbesteding; dat het bestek van de heraanbesteding niet meer voorziet in een opsplitsing van de opdracht in twee percelen;

2. 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 onderdeel van een eerste middel ontleent aan

"de schending van art. 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en van art. 110, §4 laatste lid K.B. 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken;

Doordat de tegenpartij haar beslissing tot stopzetting van de eerste procedure en tot heraanbesteding van de overheidsopdracht tot 'vernieuwen van daken bij 412 woningen in de wijk Houtem te 1800 Vilvoorde' motiveert door te verwijzen naar het feit dat, door een onzorgvuldigheid van de tegenpartij, slechts één van de inschrijvers zijn offerte uitgesplitst heeft in percelen, en dus voor elk van de twee percelen een aparte prijs en een aparte samenvattende opmetingsstaat heeft neergelegd, en dat de vorige inschrijvers geen aparte samenvattende opmetingsstaten hadden neergelegd, of zelfs helemaal geen aparte prijzen hadden voorgesteld voor de beide percelen;

Terwijl in een aanbestedingsprocedure die verloopt onder de wettelijk geregelde vorm van de 'openbare aanbesteding', de overheid over geen enkele appreciatiemarge beschikt van zodra zij oordeelt dat één offerte regelmatig is en in dat geval de opdracht aan de laagste regelmatige bieder moet toewijzen; dat de offerte van verzoekster expliciet en impliciet

regelmatig werd bevonden door de tegenpartij; dat verzoekster bovendien de laagste regelmatige bieder was, minstens voor wat betreft het perceel B; dat de opdracht dus, minstens voor wat betreft het perceel B aan haar toegewezen had moeten worden";

Overwegende dat verzoekster bij dat eerste onderdeel nog toelicht dat heraanbesteding uitzonderlijk moet blijven en geen middel mag zijn om tot nog lagere prijzen te komen op een moment dat de inschrijvers elkaars prijzen al kennen, dat afwijking van het principe van toewijzing aan de laagste inschrijver enkel mogelijk en zelfs verplicht is wanneer na grondig onderzoek volgt dat prijzen abnormaal hoog of abnormaal laag zouden blijken te zijn, wat ter zake niet het geval is, en dat de Europese regelgeving de verplichting toe te wijzen aan de laagste regelmatige inschrijver nog is komen versterken: enkel wanneer een latere gebeurtenis de oorspronkelijk regelmatige offerte onregelmatig zou maken of het vertrouwen van de aanbestedende overheid zou verstoren bestaat er eventueel mogelijkheid de opdracht niet toe te wijzen aan de laagste regelmatige inschrijver;

3.1.2. Overwegende dat artikel 18, eerste lid, van de voornoemde wet van 24 december 1993 bepaalt dat het volgen van de procedure van aanbesteding geen verplichting inhoudt tot het toewijzen van de opdracht en dat de overheid zowel kan afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure kan herbeginnen, desnoods op een andere wijze; dat weliswaar de beslissing om de procedure stop te zetten en tot een heraanbesteding over te gaan op in rechte en in redelijkheid aanvaardbare motieven moet berusten; dat de vraag of ter zake die motieven voorhanden waren hierna ter sprake komt; dat, zo verzoekster kan worden bijgevalen waar zij stelt dat de beslissing om niet te gunnen aan de laagste, per hypothese, regelmatige inschrijver en herbeginnen van een lopende aanbestedingsprocedure de uitzondering moet

blijven, echter noch uit artikel 18 noch uit andere bepalingen van de wet van 24 december 1993 kan worden afgeleid dat de motieven daarvoor enkel gebaseerd zouden kunnen zijn op de constatering dat de laagste inschrijver abnormale prijzen zou hebben gehanteerd; dat artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken geen afbreuk kan doen aan de wet en dat trouwens niet doet, waar het enkel de modaliteiten vaststelt waaronder inschrijvingen wegens abnormale prijzen moeten worden ongeldig verklaard; dat het eerste onderdeel van het middel niet ernstig is;

3.2.1. Overwegende dat verzoekster subsidiair een tweede onderdeel van haar eerste middel ontleent aan

"de schending van het beginsel volgens hetwelk een beslissing van het bestuur moet berusten op motieven die niet enkel in feite en in rechte aanwezig zijn, maar die bovendien pertinent moeten zijn en de beslissing moeten verantwoorden en uit de schending van de wet van 29 juli 1991 op de formele motivering van bestuurshandelingen, meerbepaald de artikelen 2 en 3 van deze wet;

Doordat de tegenpartij haar beslissing tot stopzetting van de eerste procedure en tot heraanbesteding van de overheidsopdracht tot 'vernieuwen van daken bij 412 woningen in de wijk Houtem te 1800 Vilvoorde' motiveert door te verwijzen naar het feit dat, door een beweerde onzorgvuldigheid van de tegenpartij, slechts één van de inschrijvers zijn offerte uitgesplitst heeft in percelen, en dus voor elk van de twee percelen een aparte prijs en een aparte samenvattende opmetingsstaat heeft neergelegd, en dat de overige inschrijvers geen aparte samenvattende opmetingsstaten hadden neergelegd, of zelfs helemaal geen aparte prijzen hadden voorgesteld voor de beide percelen;

Terwijl uit het administratief dossier blijkt dat deze beslissing niet steunt op motieven die in feite aanwezig zijn, aangezien de zogenaamde onzorgvuldigheid van het bestuur de professionele aannemers niet kon in verwarring brengen; dat namelijk in het bestek tot drie keer toe er op gewezen wordt dat de inschrijvers voor elke perceel afzonderlijk een volledige offerte moeten doen";

Overwegende dat verzoekster bij dit onderdeel toelicht dat in tegenstelling met wat de verwerende partij meende, er helemaal geen dubbelzinnigheid besloten was in het bestek aangaande het voorhanden zijn van twee percelen en dat iedere professionele aannemer er uit had kunnen afleiden dat hij afzonderlijke offertes moest indienen, wat meer bepaald bleek uit de volgende vermeldingen in dat bestek :

- "- reeds op de tweede pagina van het bestek wordt duidelijk gemaakt wat van de inschrijvers verwacht zal worden : bij de vermelding van de percelen staat een noot '(*) Ieder perceel vormt een afzonderlijke overeenkomst'.
- Het bestek vervolgt met te zeggen : 'De inschrijvers geven prijs per perceel'.
- nergens in het bestek wordt gesproken van 'opdracht' of 'overeenkomst' of 'prijs' in het enkelvoud, maar steeds moet men in het meervoud lezen.
- in het bijgevoegde formulier 'Inlichtingen voor de inschrijvers' staat letterlijk te lezen (cf. supra) : 'Dien geen globale offertes in. Ieder perceel moet het voorwerp van een afzonderlijke overeenkomst kunnen uitmaken, (...)';

3.2.2. Overwegende dat verzoekster met dit onderdeel in werkelijkheid de schending van de materiële en niet van de formele motiveringsplicht aanvoert;

Overwegende dat in het bestek weliswaar duidelijk sprake was van twee percelen, maar bij dat bestek slechts één samenvattende opmetingsstaat was gevoegd waarin alle posten waren vermeld zonder ze te onderscheiden naargelang de percelen; dat sommige inschrijvers wel en andere niet zijn overgegaan tot een splitsing in percelen, wat er op wijst dat de situatie niet voor iedereen zo duidelijk was als verzoekster beweert; dat hoe dan ook er een tegenstrijdigheid was tussen de bepalingen van het bestek en de samenvattende opmetingsstaat met als gevolg verwarring bij de inschrijvers en moeilijkheid, zoniet onmogelijkheid de

offertes te vergelijken; dat in die omstandigheden de aanbestedende overheid redelijkerwijze kon beslissen de procedure stop te zetten en opnieuw aan te besteden; dat het tweede onderdeel niet als ernstig kan worden beschouwd;

3.3.1. Overwegende dat verzoekster een derde onderdeel van haar eerste middel afleidt uit de schending van het proportionaliteitsbeginsel,

"Doordat de tegenpartij haar beslissing tot stopzetting van de eerste procedure en tot heraanbesteding van de overheidsopdracht tot 'vernieuwen van daken bij 412 woningen in de wijk Houtem te 1800 Vilvoorde' motiveert door te verwijzen naar het feit dat, door een beweerde onzorgvuldigheid van de tegenpartij, slechts één van de inschrijvers zijn offerte uitgesplitst heeft in percelen, en dus voor elk van de twee percelen een aparte prijs en een aparte samenvattende opmetingsstaat heeft neergelegd, en dat de overige inschrijvers geen aparte samenvattende opmetingsstaten hadden neergelegd, of zelfs helemaal geen aparte prijzen hadden voorgesteld voor de beide percelen;

Terwijl deze beslissing tot stopzetting van de gehele procedure kennelijk een disproportionele maatregel is ten aanzien van het mogelijk door het bestuur bereikte doel; dat nl. het voordeel dat de overheid eventueel zou kunnen halen bij een stopzetting van de procedure absoluut niet opweegt tegen het nadeel dat daarmee zeker berokkend wordt aan de regelmatige inschrijvers, i.e. verzoekster; dat het voordeel van de overheid immers louter gelegen is in het feit dat ze misschien een nog iets lager bod zal krijgen in een tweede procedure (al ziet dat er in casu niet naar uit want verzoekster was de laagste bieder); dat het nadeel voor de inschrijvers daarentegen veel groter is, aangezien zij immers, in een nieuwe procedure geconfronteerd worden met tegenkandidaten die de prijs kennen die in de eerste procedure werd voorgesteld en die zich daar dus naar kunnen richten; dat dit alles dus eigenlijk leidt tot een ernstige verstoring van de procedure van de openbare aanbesteding";

3.3.2. Overwegende dat voor zover hetgeen verzoekster in dit onderdeel aanvoert neerkomt op de schending van het proportionaliteitsbeginsel, opgemerkt moet worden dat dit beginsel een vorm van redelijkheids-

beginsel uitmaakt, wat hier inhoudt dat de Raad van State het enkel geschonden kan achten indien het voordeel voortspruitende voor de aanbestedende overheid uit de bestreden beslissing buiten elke redelijke verhouding staat tot het nadeel dat verzoekster er door ondergaat; dat m.a.w. het niet volstaat te stellen dat het nadeel voor verzoekster groter is dan het nagestreefde voordeel; dat ter zake die disproportionaliteit niet is aangetoond, aangezien het voordeel alle offertes te kunnen vergelijken niet kennelijk buiten alle redelijke verhouding staat met het nadeel dat verzoekster opnieuw in mededinging komt met inschrijvers die haar prijs kennen; dat het derde onderdeel niet ernstig is;

4.1. Overwegende dat verzoekster subsidiair een tweede middel ontleent aan

"de schending van het beginsel volgens hetwelk een beslissing van het bestuur moet berusten op motieven die niet enkel in feite en in rechte aanwezig zijn, maar die bovendien pertinent moeten zijn en de beslissing moeten verantwoorden en uit de schending van de wet van 29 juli 1991 op de formele motivering van bestuurshandelingen, meerbepaald de artikelen 2 en 3 van deze wet;

Doordat de tegenpartij beslist heeft om tot heraanbesteding van de overheidsopdracht tot 'vernieuwen van daken bij 412 woningen in de wijk Houtem te 1800 Vilvoorde' over te gaan en met name, doordat ze beslist heeft om in deze nieuwe procedure de beide percelen uit de eerste opdracht samen te voegen tot één perceel;

Terwijl de tegenpartij door haar beslissing tot stopzetting te steunen op de onmogelijkheid voor de overheid om de offertes voor de beide percelen afzonderlijk objectief te vergelijken, zichzelf duidelijk oplegt (op straffe van haar eigen beslissing alle legitimiteit te ontnemen) om bij een nieuwe procedure er voor te zorgen dat ze deze vergelijking voor de beide percelen afzonderlijk wel degelijk kan doorvoeren; dat de tegenpartij zichzelf daarmee gebonden heeft om bij de heraanbesteding eveneens in twee afzonderlijke percelen te voorzien, en dat dus haar beslissing tot voeging van de beide percelen niet kan berusten op motieven die in feite en in rechte aanwezig zijn, maar die bovendien pertinent zijn en de beslissing verantwoorden";

4.2. Overwegende dat een bestek geen individuele administratieve rechtshandeling uitmaakt in de zin van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en dan ook niet formeel moet worden gemotiveerd; dat op verzoeksters argument dat het motief om de aanbestedingsprocedure stop te zetten, de onmogelijkheid de biedingen voor de twee percelen objectief te vergelijken, de overheid ertoe verplichtte opnieuw een aanbesteding met twee percelen te organiseren, moet worden geantwoord dat dit euvel op twee manieren kon worden verholpen : op de wijze zoals verzoekster voorstelt of door geen verdeling in twee percelen meer te maken; dat de verwerende partij voor de tweede mogelijkheid heeft geopteerd en de verantwoording welke zij daarvoor geeft aanvaardbaar is; dat het middel niet ernstig is;

5.1. Overwegende dat verzoekster een derde middel ontleent aan

"de schending van art. 43 §1 van het decreet van 15 juli 1997 houdende de Vlaamse Wooncode (B.S. 19 augustus 1997), en/of van de regel die is opgenomen in de beheersovereenkomst tussen de Vlaamse Huisvestingsmaatschappij en de Inter-Vilvoordse Maatschappij voor Huisvesting, een regel van objectief recht waarnaar wordt verwezen in het typebestek van de Vlaamse Huisvestingsmaatschappij, en volgens dewelke elke beslissing inzake onderhavige aanbestedingsprocedure onderworpen is aan de voorafgaande goedkeuring van de Vlaamse Huisvestingsmaatschappij, en minstens van het beginsel dat is neergelegd in het adagium patere legem quam ipse fecisti;

Doordat de tegenpartij beslist heeft om tot heraanbesteding over te gaan en daarvoor een bestek heeft opgesteld en heeft verstuurd naar de kandidaatinschrijversvooraleer;

Terwijl zij het bestek van deze twee aanbesteding niet vooraf ter goedkeuring heeft voorgelegd aan de Vlaamse Huisvestingsmaatschappij; dat dit ontegensprekelijk zo moet zijn aangezien verzoekster naar aanleiding van de stukken die haar in het kader van kortgedingprocedure werden overgemaakt heeft kunnen vaststellen dat de beslissing van de Vlaamse Huisvestingsmaatschappij om de toewijzing van de opdracht

niet goed te keuren dateert van 13 april 1999 en het bestek voor de heraanbesteding gedateerd is 23 maart 1999; dat de Vlaamse Huisvestingsmaatschappij onmogelijk het bestek voor een heraanbesteding kan hebben goedgekeurd op een ogenblik dat ze nog niets beslist heeft over de eerste aanbesteding; dat dit anderzijds ook volgt uit de motivering van de beslissing van 13 april 1999, die er duidelijk op wijst dat de Vlaamse Huisvestingsmaatschappij voor elk perceel afzonderlijk vergelijkingen wil kunnen maken, waardoor ze niet -zonder zichzelf tegen te spreken- akkoord kan gegaan zijn met een voeging van deze beide percelen";

5.2. Overwegende dat in artikel 43, § 1, van de Vlaamse Wooncode niet is bepaald dat de bestekken vooraf moeten worden goedgekeurd, enkel dat het toezicht van de VHM op diverse manieren, zoals onder meer door middel van goedkeuring, kan gebeuren en dat de Vlaamse regering dienaangaande de specifieke regelingen bepaalt; dat uit een vage verwijzing naar het type-bestek dat zelf zou verwijzen naar een beheersovereenkomst niet op het eerste gezicht kan worden afgeleid dat ieder bijzonder bestek door de VHM moet worden goedgekeurd en nog wel vooraf; dat in het kader van een administratief kort geding het niet de taak van de Raad van State is de desbetreffende regelingen op te zoeken en na te gaan of zij correct werden toegepast; dat het derde middel evenmin ernstig is;

6. Overwegende dat de vaststelling dat geen der middelen ernstig is volstaat om de vordering tot schorsing af te wijzen,

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.