

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 96.419 van 12 juni 2001
in de zaken A. 48.918/XII-747.
A. 51.608/XII-743.

In zake : I. + II.
de NV CONSTRUCTO,
die woonplaats kiest bij
advocaat W. VETS,
kantoor houdende te MECHELEN,
Louizastraat 35

tegen :

I. + II.
de CV DE VOORKEMPEN,
die woonplaats kiest bij
advocaat A. PEETERS,
kantoor houdende te KALMTHOUT,
Vogelenzangstraat 31.

tussenkommende partij in I. :

de NV Algemene Ondernemingen MERCKX,
gevestigd te MERCKSEM,
Bredabaan 90.

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 NV CONSTRUCTO op 3 november 1992 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van "de beslissing van tegenpartij, kenbaar aan verzoekster sedert 9 september 1992, om de werken betreffende de renovatie Notre Dame des Bruyères (59 appartementen + dienstencentrum), Bredabaan 730 te 2930 Brasschaat, toe te wijzen aan de NV Algemene Aannemingen MERCKX te Antwerpen"; (A. 48.918)

Gezien het verzoekschrift dat dezelfde verzoekende partij op 11 mei 1993 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van "de beslissing van tegenpartij, kenbaar aan verzoekster sedert 29 maart

1993, om de werken betreffende de renovatie Notre Dame des Bruyères (59 appartementen + dienstencentrum), Bredabaan 730 te 2930 Brasschaat, toe te wijzen aan de NV Algemene Aannemingen MERCKX te Antwerpen"; (A. 51.608)

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 29 mei 1993;

Gelet op de beschikking van 4 juni 1993 die de tussenkomst van de NV ALGEMENE ONDERNEMINGEN MERCKX toelaat in de zaak A.48.918/XII-747;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur J. STEVENS;

Gelet op de beschikking van 16 januari 1998 tot voeging van de zaken;

Gelet op de beschikking van 16 januari 1998 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 memorie van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 28 februari 2001 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 27 maart 2001;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. VERBIEST;

Gehoord de opmerkingen van advocaat W. VETS,
die verschijnt voor de verzoekende partij, en van
advocaat J. PEETERS, die verschijnt voor de verwerende
partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste
auditeur J. STEVENS;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de
gecoördineerde wetten op de Raad van State;

1. Over de samenvoeging.

Overwegende dat in de beide zaken de
toewijzing van dezelfde opdracht wordt betwist; dat het
dienvolgens in het belang van een goede rechtsbedeling
is de beide zaken samen te voegen;

2. Over de gegevens van de zaken.

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

2.1. De verwerende partij schrijft een openbare
aanbesteding uit voor de ombouw van een schoolgebouw
"Notre Dame des Bruyères" te Brasschaat tot 59
appartementen en een dienstencentrum, Lot 1-
ruwbouwwerken.

2.2. Bij de opening der inschrijvingen op
17 december 1991 blijken er vijf inschrijvers een
offerte te hebben ingediend, waaronder de tussenkomende
partij de laagste ten bedrage van 66.396.839 frank en de
verzoekende partij de tweede laagste met een prijs van
71.456.305 frank, telkens BTW niet inbegrepen.

2.3. In zijn aanbestedingsverslag van 17 januari 1992 merkt de architect bij de inschrijving van de tussenkomende partij op dat de "samenvattende opmeting enkel (werd) ingediend op computer out-print en niet op het voorgeschreven formulier" en bij de inschrijving van de verzoekende partij, dat deze "conform" is.

Hij komt tot de conclusie, eensdeels, dat de inschrijving van de tussenkomende partij als nietig dient te worden beschouwd, "gelet op het addendum bij NM/B82 i.v.m. samenvattende meetstaten" en, anderdeels, dat de inschrijving van de verzoekende partij "in aanmerking komt voor toewijzing der werken".

Hij wijst er echter op dat de laatstgenoemde inschrijving "de raming te ver overschrijdt", een "opmerkelijk prijsverschil" van meer dan vijf miljoen vertoont met de inschrijving van de tussenkomende partij, dat weinig aannemers effectief deelnamen aan de aanbesteding, een heraanbesteding opnieuw tijd in beslag zal nemen en geen garantie inhoudt voor de uiteindelijke prijs, en een uitstel een vermindering betekent der beschikbare subsidies. Om die redenen lijkt het hem "zinnvoller een onderhandse overeenkomst te bedingen met de NV MERCKX, eerder dan over te gaan tot een heraanbesteding".

2.4. Op 26 januari 1992 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij geen gevolg te geven aan de aanbesteding en de "suggestie van de ontwerper" te volgen.

2.5. Op 9 maart 1992 besluit de raad van bestuur "de werken te bestellen (...) aan de firma Merckx bij onderhandse gunning".

Deze beslissing bevat de volgende motieven :

- "- De firma Merckx werd verzocht vooralsnog en totaal onafhankelijk van de aanbesteding de prijzen van de aanbesteding te bevestigen in de juiste vorm en op correcte wijze te ondertekenen;
 - Vermits het hier een huurcompensatieproject betreft op 27 jaar, met, zoals het er thans voorstaat, een subsidieuitkering voor de duur van de bewoning, zal deze berekening met ieder uitstel van uitvoering verminderen. In de huidige fase kan men nog slechts met 23 vermenigvuldigen;
 - Onafhankelijk van de besluitvorming, meent de Raad van Bestuur dat de computerformulieren veel duidelijker en overzichtelijker zijn en minder aanleiding tot fouten zullen geven;
 - Volledig onafhankelijk van de aanbesteding en volgens de richtlijnen;
 - Rekening houdend met onze doelstelling om huisvesting te geven aan minderbegoeden aan betaalbare prijzen, menen wij dat de laagste bekende prijs moet in aanmerking genomen worden;
 - Vermits de laagste bekende prijs deze van de firma Merckx was, slechts niet conform naar vorm;
- Gelet op de rechtzetting door indiening van de correcte SO 82/1-2;
Gelet op het aanvullend verslag van de ontwerper;
Gelet op de geringe interesse bij de aanbesteding";

2.6. Bij brief van 18 juni 1992 schrijft de verwerende partij aan de verzoekende partij dat de aanbesteding "geannuleerd werd en zonder gevolg zal blijven".

2.7. Met een schrijven van 22 juni 1992 deelt de verwerende partij aan de tussenkomenende partij mee dat de Vlaamse Huisvestingsmaatschappij heeft laten weten dat de beslissing van de verwerende partij om aan de tussenkomenende partij de werken toe te vertrouwen, die "voorwerp (waren) van het dossier van de onderhandse gunning" is goedgekeurd en worden de werken besteld, met aanvangsdatum op 30 augustus 1992.

2.8. De verzoekende partij ontvangt een brief van 9 september 1992 van de tussenkomen de partij waarin deze meedeelt dat de werken aan haar werden toegewezen en waarin zij vraagt om haar "het dossier dat (zij) gebruikt heeft bij (de) aanbesteding" toe te zenden.

2.9. Bij verzoekschrift van 3 november 1992 vraagt de verzoekende partij de nietigverklaring (zaak I., A. 48.918) van de voormelde toewijzing. Zij betoogt daartoe :

- dat artikel 15, §1, van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten is geschonden doordat de opdracht blijkt te zijn toegewezen ondanks de mededeling dat de aanbesteding geannuleerd werd terwijl luidens de voormelde bepaling het volgen van de procedure van aanbesteding geen verplichting meebrengt om de opdracht toe te wijzen (eerste middel);

- dat artikel 38 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten is geschonden doordat de in artikel 35 van dat besluit bepaalde termijn van zestig kalenderdagen na de zitting voor de opening van de inschrijvingen, waarbinnen de inschrijvers gebonden blijven, verstreken was terwijl de verwerende partij nochtans de bepalingen van artikel 38 die alsdan toepasselijk zijn, niet heeft gevolgd (tweede middel).

2.10. De verzoekende partij dient op 11 mei 1993 het tweede annulatieberoep (zaak II., A. 51.508) in, stellende dat zij pas uit de haar op 29 maart 1993 kenbaar gemaakte memorie van antwoord vernam dat de opdracht onderhands was gegund;

3. Over het beroep in de zaak I. (A. 48.918).

3.1. Overwegende dat beide te dezen voorliggende verzoekschriften de nietigverklaring beogen van eenzelfde beslissing, namelijk om de litigieuze opdracht toe te wijzen aan de tussenkomen partij; dat in het eerste verzoekschrift (in de zaak I., A. 48.918) van de feitelijke veronderstelling wordt uitgegaan dat die toewijzing gebeurde ter voltooiing van de procedure van openbare aanbesteding; dat uit de stukken echter blijkt dat de verwerende partij, hetgeen zij ook niet betwist, de opdracht heeft toegewezen als een onderhandse opdracht; dat er aldus moet worden van uitgegaan dat ook met het verzoekschrift in de zaak I. in wezen de nietigverklaring wordt gevorderd van de toewijzingsbeslissing onder de juridische kwalificatie van een toewijzing met toepassing van de regels van de onderhandse opdracht; dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord in de zaak I. overigens een nieuw middel aanvoert dat zich juist richt tegen de toewijzingsbeslissing onder de voornoemde kwalificatie;

3.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord excepties aanvoert betreffende de ontvankelijkheid; dat de beide excepties in het auditoraatsverslag ongegrond worden bevonden; dat de verwerende partij daar in haar laatste memorie die geldt voor de zaken I. en II., en ter terechtzitting niets tegen inbrengt noch deze excepties zelfs maar handhaaft; dat dienvolgens moet worden aangenomen dat zij ervan afstand heeft gedaan zodat die excepties verder onbesproken kunnen blijven;

3.3. Overwegende dat de verzoekende partij in het middel dat zij voor het eerst in haar memorie van wederantwoord aanvoert, betoogt dat de bestreden

beslissing is genomen met schending van artikel 17, § 1, van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en van artikel 49, § 2 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten doordat de bestreden beslissing de opdracht als onderhandse opdracht toewijst aan de tussenkomende partij zonder dat de verzoekende partij of enige andere aannemer werden geraadpleegd, er geen redenen worden opgegeven waarom dergelijke raadpleging onmogelijk zou zijn en het advies uit het aanbestedingsverslag is gevolgd door gewoonweg alleen met de tussenkomende partij te praten om deze toch de opdracht te gunnen en de nietigheid van haar inschrijving bij de openbare aanbesteding te omzeilen; dat moet worden aanvaard dat de verzoekende partij dit middel niet reeds in haar verzoekschrift kon aanvoeren; dat zij immers terecht stelt dat zij bij het indienen daarvan nog geen kennis had van het feit dat onderhands was gegund en zij zulks voor het eerst heeft kunnen afleiden uit de memorie van antwoord;

4.2.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar laatste memorie tegenwerpt dat zij te dezen onderhands mocht handelen met toepassing van artikel 17, § 2, van de voormelde wet van 14 juli 1976 aangezien de prijs van de verzoekende partij buitensporig was (2° van die paragraaf) meer bepaald omdat ze ongeveer 16.500.000 frank hoger lag dan de raming en tevens omdat dringende spoed (6° van die paragraaf) voorhanden was nu betoelagingsverliezen werden geleden en des te meer naarmate de tijd verstreek; dat zij voorts stelt niet in strijd te zijn gekomen met artikel 49, § 2, van het voormelde koninklijk besluit van 22 april 1977, aangezien de "verzoekende partij nergens stelt dat zij bereid zou geweest zijn de werken uit te voeren aan de

prijs waarvoor de NV MERCKX deze werken wou uitvoeren, hetgeen inderdaad niet het geval was", en het onmogelijk is haar te verwijten dat zij de mededinging niet zou hebben laten spelen, "hetgeen onverzoenbaar is met de gevoerde openbare aanbestedingsprocedure"; dat de verwerende partij ten slotte wijst op "uiterst negatieve ervaringen" met de verzoekende partij bij de uitvoering van een vergelijkbare opdracht die de verzoekende partij voor haar uitvoert;

4.2.3. Overwegende dat de ten tijde van de bestreden toewijzingsbeslissing toepasselijke regelgeving als volgt kan worden weergegeven :

- artikel 17 van de voormelde wet van 14 juli 1976 :

"§ 1. De opdracht wordt 'onderhands' genoemd wanneer de bevoegde overheid, indien mogelijk na raadpleging van meerdere aannemers of leveranciers, vrij de onderhandelingen aanknoopt die haar nuttig lijken en de opdracht vrij toewijst aan de aannemer of leverancier die zij heeft gekozen.

§ 2. Er kan onderhands worden gehandeld :

(...)

2°. wanneer er geen regelmatige inschrijving was op de aanbestedingen of op de offerteaanvragen, of wanneer er slechts onaanvaardbare prijzen werden voorgesteld, in zover de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet fundamenteel worden gewijzigd;

(...)

6°. in de mate van het strikt noodzakelijke, wanneer de dringende spoed, voortvloeiend uit niet te voorzien omstandigheden, onverenigbaar is met de termijnen die door de andere procedures worden gevergd";

- artikel 49, § 2, van het voormelde koninklijk besluit van 22 april 1977 :

"§ 2. Het bestuur raadpleegt verschillende aannemers of leveranciers alvorens een onderhandse opdracht toe te wijzen. In geval deze raadpleging onmogelijk is en voorzover de waarde van de opdracht 100 000 F overschrijdt geeft het bestuur de redenen hiervan aan van zodra zij de opdracht gunt";

Overwegende dat niet wordt betwist dat de verwerende partij de bedoeling had met toepassing van het aangehaalde artikel 17, §2, de in het geding zijnde opdracht als een onderhandse opdracht toe te wijzen en daartoe ook is overgegaan; dat, aangenomen dat zij eventueel daartoe rechtsgrond kon vinden in het 2° of het 6° van artikel 17, § 2, zij bij dergelijke toewijzing in elk geval de bepalingen van het aangehaalde artikel 49, § 2, diende na te leven; dat zij krachtens die bepaling, alvorens een opdracht van meer dan 100.000 frank zoals de in het geding zijnde opdracht, onderhands te gunnen, verscheidene aannemers diende te raadplegen, behoudens uitdrukkelijk gemotiveerde onmogelijkheid daartoe; dat, in tegenstelling tot wat zij beweert, niet kan worden aanvaard dat zij te dezen de voorgeschreven mededinging heeft laten spelen; dat er zich in het dossier alvast geen stukken bevinden waaruit zou blijken dat zij, naar zij suggereert, de verzoekende partij zou hebben geraadpleegd en dat deze daarop zou hebben gereageerd met handhaving van haar prijsbieding in de aanbesteding; dat de klaarblijkelijke stelling van de verwerende partij dat zij, door eerst een aanbestedingsprocedure te hebben gevoerd, geacht moet worden verscheidene aannemers te hebben geraadpleegd, in elk geval niet kan worden bijgetreden; dat die offertes immers in de context van een aanbesteding zijn tot stand gekomen, waarbij de inschrijvers zich niet noodzakelijk door dezelfde gegevens moeten laten leiden als bij een onderhandse procedure; dat de verwerende partij, teneinde te voldoen aan de bepaling van artikel 49, § 2, dienvolgens opnieuw verscheidene aannemers had moeten raadplegen alvorens onderhands toe te wijzen; dat te dezen enkel vaststaat dat alleen de tussenkomende partij is geraadpleegd; dat de wijze waarop de verzoekende partij een niet in het geding zijnde opdracht uitvoert een niet relevant gegeven is bij de toetsing van het

optreden van de verwerende partij aan de voormelde bepaling; dat bijgevolg de bestreden beslissing is genomen met schending van het aangehaalde artikel 49, § 2, nu er geen redenen zijn opgegeven waarom de raadpleging van verscheidene aannemers onmogelijk zou zijn geweest; dat het middel in zoverre gegrond is;

4. Over het beroep in de zaak II. (A. 51.608)

Overwegende dat het beroep dezelfde beslissing bestrijdt als het beroep dat hierboven is besproken en waarbij is vastgesteld dat de bestreden beslissing dient te worden nietigverklaard; dat het voorliggende beroep aldus geen voorwerp meer heeft; dat het passend voorkomt gelet op de omstandigheden van de zaak ook de kosten van dit beroep ten laste te leggen van de verwerende partij,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van 9 maart 1992 van de raad van bestuur van de CV DE VOORKEMPEN om de NV Algemene Ondernemingen MERCKX met zetel te Merksem de werken toe te vertrouwen betreffende de renovatiewerken NOTRE DAME DES BRUYERES, Lot 1 Ruwbouwwerken, te Brasschaat.

Artikel 2.

Het beroep in de zaak 51.608/XII-743 wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de beroepen, bepaald op achtduizend frank, komen ten laste van de verwerende partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op drieduizend frank, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op twaalf juni 2001, door de XI^e kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.