

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 97.248 van 29 juni 2001
in de zaak A. 51.228/XII-1959.**

In zake : de NV RAUWERS CONTROLE,
die woonplaats kiest bij
advocaten X. LEURQUIN en L. VAN HOUT,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Louizalaan 390, bus 12

tegen :

de stad ANTWERPEN.

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 RAUWERS CONTROLE op 19 april 1993 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het besluit van de stad ANTWERPEN d.d. 21 januari 1993 waarbij deze beslist "de aanneming voor het leasen van parkeer-automaten met bijhorende leveringen en diensten op het grondgebied van de STAD ANTWERPEN, op basis van het bestek nr. 2765 A0 bis, te gunnen aan de B.V.B.A. I.P.I. INTERNATIONAL PROJECTS INC. te ANTWERPEN";

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur J. STEVENS;

Gelet op de beschikking van 20 april 1999 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen.

Gezien het verzoek tot voortzetting van de procedure van de verzoekende partij en de laatste memorie van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 3 mei 2001 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 22 mei 2001;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. VERBIEST;

Gehoord de opmerkingen van advocaat S. VERNAILLEN, die loco advocaat L. VAN HOUT, verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat J. DERIDDER, die loco advocaat Chr. COEN verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste 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 algemene offerteaanvraag uit voor het leasen van parkeerautomaten met bijhorende leveringen en diensten op het grondgebied van de stad Antwerpen.

1.2. Het toepasselijke bestek nr. 2765 A.O. bis bepaalt als voorwerp van de aanneming :

"Het leasen, gedurende een periode van minimum tien jaar, van parkeerautomaten, te plaatsen op het grondgebied van de stad Antwerpen, inbegrepen het verlenen van bijhorende werken, leveringen en diensten :

- 1) De automaten zijn voorzien van :
 - een geld- en een betaalkaartontvanginrichting;
 - een inrichting die de gebruiker de keuzemogelijkheid geeft tussen 3 tarieven, tot bij gunning tarief 1, 2 en 3 genoemd;
 - een ticketafleverend mechanisme;
 - de geldende tarieven, de toegestane parkeerduur, de periode van verplicht betalend parkeren; de programmatie van de betaalkaart, alsook andere variabele parameters zullen bij bestelling aan de aannemer medegedeeld worden;
- 2) het plaatsen en het in bedrijf stellen van de automaten inbegrepen het aansluiten, indien noodzakelijk, op het elektriciteitsnet;
- 3) het innen van de gelden, vernieuwen van de rollen tickets, inbegrepen het leveren en onderhouden van de daartoe noodzakelijke apparatuur;
- 4) het preventief en curatief onderhoud van de parkeerautomaten;
- 5) het leveren van betaalkaarten (chipkaarten);
- 6) bij beëindiging van het contract : het verwijderen van de parkeerautomaten en het herstellen van het wegdek;
- 7) alle bijkomende diensten en/of leveringen, nodig voor een goede uitvoering van de aanneming,..."

1.3. Uit het proces-verbaal van opening van de inschrijvingen van 3 september 1992 blijkt dat er zeven inschrijvingen zijn ingediend, waaronder die van de verzoekende partij met een inschrijvingsbedrag van 455.091.035 frank en die van de BVBA I.P.I. met een inschrijvingsbedrag van 301.827.655 frank, telkens exclusief BTW.

1.4. Het departement voor werken onderzoekt de inschrijvingen en stelt in een nota van 13 november 1992 voor de opdracht toe te wijzen aan de BVBA I.P.I.

1.5. Het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij besluit op 26 november 1992 "de aanneming (...) te gunnen" aan de BVBA I.P.I..

1.6. Bij brief van 9 december 1992 zendt het college het dossier aan de provinciegouverneur.

1.7. Bij schrijven van 6 januari 1993 deelt de gouverneur aan de verwerende partij mede dat het toewijzingsbesluit van 26 november 1992 niet kan worden bijgetreden aangezien het niet voldoet aan de motiveringsvereisten gesteld voor een dergelijke beslissing. De gouverneur vraagt om het voormelde besluit in te trekken en na een nieuw administratief onderzoek een behoorlijk gemotiveerd en rechtsgeldig toewijzingsbesluit te treffen en hem dit vóór 20 januari 1993 toe te zenden teneinde een schorsing te voorkomen.

1.8. Een nieuw onderzoek wordt ingesteld en een nieuwe nota met datum 20 januari 1993 wordt aan het college gericht, met opnieuw een voorstel van toewijzing aan de tussenkomende partij.

1.9. Op 21 januari 1993 besluit het college de beslissing van 26 november 1992 in te trekken en de opdracht te gunnen, opnieuw aan de BVBA I.P.I.

Die beslissing wordt aan de gouverneur bezorgd met een brief van 26 januari 1993.

1.10. Bij brief van 28 januari 1993 deelt de gouverneur mede dat akte genomen werd van het collegebesluit van 21 januari 1993 inzake de intrekking en van het "omstandig gemotiveerde nieuwe" collegebesluit van dezelfde datum inzake de toewijzing dat vanwege de gouverneur geen aanleiding tot opmerkingen geeft.

1.11. Met een brief van 15 februari 1993 deelt het college aan de zes andere inschrijvers mede dat hun offerte niet in aanmerking werd genomen.

1.12. Met een aangetekende brief van 22 februari 1993 betekent de verwerende partij aan de BVBA I.P.I. de goedkeuring van haar inschrijving voor 301.827.655 frank + 58.856.393 frank BTW.

1.13. Met een brief van 19 maart 1993 wordt aan de BVBA I.P.I. het bevel betekend om de werken aan te vatten op 1 april 1993.

1.14. Op klaarblijkelijke vraag van de verzoekende partij van 23 maart 1993 zendt het college haar een afschrift van de nieuwe gemotiveerde beslissing bij brief van 1 april 1993;

2. Over de ontvankelijkheid.

Overwegende dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord excepties opwerpt betreffende de ontvankelijkheid van het verzoekschrift waaraan zij ter zitting echter verzaakt; dat zij dienvolgens onbesproken kunnen blijven;

3. Over de gegrondheid.

Overwegende dat de verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift vier middelen aanbrengt en in haar memorie van wederantwoord een vijfde middel;

3.1.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending aanvoert van artikel 14 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 15, § 3, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en van artikel 6 van het bestek

"doordat de offerte van de BVBA I.P.I., noch op de dag van haar indiening, noch op de dag van de opening der inschrijvingen, noch op de dag van de gunning van de opdracht, een RSZ-attest bevatte waaruit blijkt dat een aannemer voldaan heeft aan de voorschriften inzake bijdragen voor de sociale zekerheid en de bestaanszekerheid; terwijl elke Belgische inschrijver die personeel tewerkstelt dat onderworpen is aan de wet dd. 27 juni 1969 verplicht is, opdat zijn inschrijving als regelmatig kan worden beschouwd, er een attest van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid bij te voegen of dit voor de opening van de inschrijvingen aan het Bestuur doen toekomen";

3.1.2. Overwegende dat vooreerst niet wordt betwist dat bij haar inschrijving, de BVBA I.P.I. in België geen personeel tewerkstelde dat onderworpen is aan de RSZ-wetgeving zodat het in het middel bedoelde artikel 15, § 3, niet van toepassing was; dat deze bepaling immers het attest enkel voorschrijft voor inschrijvers die dergelijk personeel tewerkstellen; dat voorts krachtens artikel 15, § 5, van het meervermelde koninklijk besluit van 22 april 1977, indien het bedoelde RSZ-attest niet bij de inschrijving is gevoegd of niet voor de opening van de inschrijving toekomt, het bestuur met alle middelen inlichtingen kan inwinnen nopens de toestand ten aanzien van de betaling van de sociale zekerheidsbijdragen en de inschrijving als regelmatig wordt beschouwd indien uit die inlichtingen blijkt dat aan de voorschriften van de RSZ-regelgeving is voldaan; dat aldus niet is aangetoond dat, nu zelfs het bedoelde attest aanwezig was, de bestreden toewijzingsbeslissing is genomen in strijd met de in het middel geschonden geachte wettelijke en reglementaire bepalingen, noch met artikel 6 van het bestek dat die bepalingen van toepassing verklaart; dat het middel niet gegrond is;

3.2.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een tweede middel de schending aanvoert van

artikel 44, vijfde lid, van het voornoemde koninklijk besluit van 22 april 1977 en van de gelijkheid onder de inschrijvers

"doordat uit de aangevochten akte blijkt dat onderhandelingen hebben plaatsgegrepen na de opening der inschrijvingen tussen de verwerende partij en de BVBA I.P.I., inzonderheid om deze laatste toe te laten haar kapitaal te verhogen en personeel aan te werven; terwijl in ieder geval het Bestuur slechts met de kandidaten overleg kan plegen teneinde de inhoud van hun inschrijvingen te doen verduidelijken of vervolledigen, en terwijl elke onderhandeling verboden is tussen de datum van de opening der inschrijvingen en de datum van de gunning van de opdracht op straffe van schending van de gelijkheid tussen de inschrijvers";

3.2.2. Overwegende dat artikel 44, vijfde lid, van het meervermelde koninklijk besluit van 22 april 1977 bepaalt hetgeen volgt :

"In elk geval treedt het bestuur slechts in contact met de kandidaten indien zij de inhoud van hun offerte moeten preciseren of aanvullen";

Overwegende dat te dezen het voornoemde eerste toewijzingsbesluit van 26 november 1992 aanleiding heeft gegeven tot opmerkingen van de provinciegouverneur in zijn brief van 6 januari 1993; dat hij er onder meer op wees dat het criterium van de financiële en economische draagkracht een geschikt-heids- en geen gunningscriterium was op grond waarvan inschrijvers kunnen geweerd worden en dat dit criterium, noch als geschiktheids-, noch als gunningscriterium, ernstig was onderzocht en geëvalueerd; dat hij verzocht om de intrekking van de voormelde beslissing en een nieuw administratief onderzoek eiste; dat dienvolgens de verwerende partij dergelijk onderzoek instelde en aan bepaalde inschrijvers (NV AMANO, NV PARKING OOSTENDE, NV CITY PARKING)

bijkomende vragen werden gesteld met een faxbericht van 13 januari 1993; dat in het dossier geen faxbericht te vinden is noch aan de verzoekende partij noch aan de BVBA I.P.I.; dat laatstgenoemde bij brief van 18 januari 1993 blijkbaar uit eigen initiatief meedeelt aan het college van burgemeester en schepenen hetgeen volgt :

"in overleg met de bedrijfsrevisor en gelet op de definitieve toewijzing voor het contract -leasen van parkeerautomaten- zal ik kortelings mijn bestaande vennootschap verstevigen teneinde uitvoering van het contract te kunnen waarborgen. Ik heb inmiddels reeds het kapitaal verhoogd tot 10.000.000 frank en eerstdaags zal ..notaris ROCHTUS de BVBA omvormen tot NV";

dat op 15 januari 1993 de voormelde kapitaalsverhoging is doorgevoerd; dat de verwerende partij in het onderzoek van de offertes nota genomen heeft van die kapitaalsverhoging; dat aldus uit het dossier geenszins blijkt hetgeen de verzoekende partij in het middel stelt namelijk dat "'onderhandelingen' hebben plaatsgegrepen na de opening der inschrijvingen tussen de verwerende partij en de BVBA I.P.I., inzonderheid om deze laatste toe te laten haar kapitaal te verhogen en personeel aan te werven";

Overwegende dienvolgens dat geen schending is bewezen van het aangehaalde artikel 44 noch van het gelijkheidsbeginsel; dat het middel niet gegrond is;

3.3.1. Overwegende dat de verzoekende partij een derde middel afleidt uit de schending van artikel 14 van de voornoemde wet van 14 juli 1976, van het voormelde koninklijk besluit van 22 april 1977, van artikel 10.6°, van het bestek en "uit een manifeste beoordelingsvergissing in de overwegingen" doordat

"de aangevochten akte de opdracht gunt aan een onderneming I.P.I. die niet over een voldoende

sociaal kapitaal beschikt en evenmin over personeel,

en terwijl de door deze inschrijver voorgestelde onderaannemer voorhoudt zelf borg te staan voor de goede afloop van de uitvoering van de betrokken opdracht alsmede in te staan voor de opleiding van het personeel dat nog door de inschrijver zal dienen te worden aangeworven,

terwijl de opdrachtgever niet vermag, zonder een manifeste beoordelingsvergissing te begaan, de inschrijving van de BVBA I.P.I. en van verzoekende partij in het licht van dit criterium als equivalent te beschouwen,

en terwijl de inschrijver I.P.I., die met de fabrikant SCHLUMBERGER geen tijdelijke vereniging vormt, zelf de goede afloop van de uitvoering van de overeenkomst moet garanderen op basis van financiële, economische en technische karakteristieken die hem eigen zijn";

3.3.2. Overwegende dat de verzoekende partij haar middel klaarblijkelijk steunt op de vermeende niet in rechte verantwoorde toetsing aan het zesde gunningscriterium zoals in artikel 10, 6°, van het bestek is bepaald, namelijk de financiële en economische draagkracht van de gekozen inschrijver, zowel wat kapitaal als personeel betreft;

Overwegende, wat het kapitaal betreft, dat met het administratief dossier een nota van 2 oktober 1992 wordt medegedeeld van de stedelijke dienst "inspectie van financiën" waarin wordt gesteld dat voor geen enkele inschrijver het bewijs van een degelijke financiële en economische draagkracht is geleverd doch ook dat er geen voldoende reden aanwezig is om daarop welke inschrijver ook uit te sluiten; dat voorts, wat betreft het personeel, kan worden aanvaard dat dit gegeven te dezen geen verband houdt met de financiële of economische draagkracht, nu de opdracht als dusdanig weinig personeel vergt en dat personeel voor een dergelijke opdracht snel kan worden aangeworven; dat gelet op al deze gegevens, de stelling van de verzoekende partij dat terzake van dit

criterium een manifeste beoordelingsvergissing is begaan en de voormelde bestekbepaling is geschonden, op zich al niet kan worden onderschreven en daarbij de vraag niet meer moet worden beantwoord, of het bedoelde criterium niet veeleer als een selectie-criterium en niet als een gunningscriterium diende te worden aangemerkt en gebruikt zodat, eenmaal de inschrijvers niet waren uitgesloten, de keuze van de meest voordelige offerte niet mede kon gebeuren op grond van dat criterium; dat aldus evenmin is aangetoond op welke wijze artikel 14 van de wet van 14 juli 1976 is geschonden; dat ten slotte niet wordt gespecificeerd welk artikel van het koninklijk besluit van 22 april 1977 zou zijn geschonden zodat het middel wat dat betreft geen rechtsmiddel is; dat het middel voor het overige niet gegrond is;

3.4.1. Overwegende dat de verzoekende partij een vierde middel afleidt uit de schending van artikel 14 van de voornoemde wet van 14 juli 1976, artikelen 4, § 4, en 44, eerste lid, van het voornoemde koninklijk besluit van 22 april 1977 en artikel 10, 4°, van het bestek,

"doordat de aangevochten akte op kunstmatige wijze de prijs opsplijt in twee onderdelen die door het Bijzonder Lastenboek niet werden onderscheiden, namelijk

1) prijs toestellen met bijhorende leveringen en diensten

2) prijs betaalkaarten

en doordat de aangevochten akte vervolgens het tweede onderdeel (prijs betaalkaarten) uitsluit als gunningscriterium,

terwijl de gunningscriteria opgenomen in het Bijzonder Lastenboek moeten beoordeeld worden, zonder enige wijziging van hun beschrijving of van hun inhoud,

en terwijl het weglaten van een essentieel onderdeel van de prijs die een criterium uitmaakt voor het gunnen van de betrokken opdracht, nooit wettig aanvaardbaar is welke ook het motief weze dat achteraf wordt aangevoerd om die weglating te verantwoorden,

zodat de verwerende partij door het Bijzonder Lastenboek te wijzigen op een essentieel onderdeel, namelijk een gunningscriterium en in casu de prijs, de in het middel aangehaalde wettelijke en reglementaire bepalingen en het Bijzonder Lastenboek heeft geschonden en machtsoverschrijding heeft gepleegd";

3.4.2. Overwegende dat artikel 10, 4°, van het bestek de prijs als gunningscriterium vermeldt; dat de bestreden beslissing de beoordeling van de prijs opsplitst in, eensdeels, wat betreft toestellen met bijhorende leveringen en diensten, en, anderdeels, wat betreft de betaalkaarten; dat daarbij uitdrukkelijk wordt verwezen naar de keuzemogelijkheid waarover het bestuur beschikt krachtens artikel 1.1.6.2. van de technische bepalingen van het bestek; dat in die bepaling wordt gesteld dat de aannemer geen recht heeft op enige schadevergoeding indien in de loop van de overeenkomst betaalkaarten worden besteld bij een andere leverancier; dat voorts de opmetingstaat uit negen posten bestaat waarvoor een totale prijs dient te worden opgegeven; dat daarnaast in een -afzonderlijke- prijsrubriek voor de betaalkaarten is voorzien, nu in fine van de opmetingstaat ook nog te lezen is :

"Prijs (...) per chipkaart zoals beschreven in dit bestek :
Minimum afleveringshoeveelheid van betaal-
kaarten :";

dat ten slotte de verwerende partij er terecht op wijst dat evenmin in het bestek een hoeveelheid van te leveren betaalkaarten is voorgeschreven en de prijzen voor de betaalkaarten opgegeven door de inschrijvers aldus niet vergelijkbaar zijn;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat volgt dat de door de verzoekende partij aangevochten werkwijze van de verwerende partij om met de prijs van

de betaalkaarten geen rekening te houden, niet kan worden aangemerkt als een schending van artikel 10, 4°, van het bestek, en dienvolgens evenmin van de andere in het middel geschonden geachte bepalingen die de aanwending van de gunningscriteria betreffen; dat het middel niet gegrond is;

3.5. Overwegende dat de verzoekende partij, en zulks voor het eerst in haar memorie van wederantwoord, een vijfde middel aanvoert; dat in het verslag van het auditoraat dit middel als onduidelijk wordt aangemerkt; dat de verzoekende partij geen laatste memorie heeft neergelegd en ook ter terechtzitting niet ingaat op dit standpunt van het auditoraat; dat in die omstandigheden moet worden aangenomen dat de verzoekende partij zich neerlegt bij de vaststelling, die de Raad bijtreedt, dat het middel aangetast is door niet-ontvankelijkheid;

4. Overwegende dat geen enkele van de middelen gegrond is en de vordering dienvolgens dient te worden afgewezen,

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 negenentwintig juni 2001, door de XIIe 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.