

Nederlandse tekst (titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973).

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE

A R R E S T

Nr. 97.319 van 29 juni 2001

A. 80.413/VI-14.763.

In zake : **de N.V. Entreprises Philippe ROUSSEAUX,**

die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. Pascal SOURIS, advocaat,
rue de Bruxelles 15
1400 Nijvel,

tegen :

de gemeente Chapelle-lez-Herlaimont.

DE RAAD VAN STATE, VIe KAMER,

Gezien het op 25 september 1998 ingediende verzoekschrift,
waarbij de N.V. Entreprises Philippe ROUSSEAUX de nietigverklaring vordert van :

- "- de beslissing waarbij de verwerende partij (de gemeente Chapelle-lez-Herlaimont) de offerte als onregelmatig bestempelt die de N.V. ROUSSEAUX ingediend had in het raam van de overheidsopdracht voor de rioleringswerken en de werken ter verbetering van de rue Royale te Chapelle-lez-Herlaimont, wat een openbare aanbesteding is waarvan de aankondiging op 5 juni 1998 verschenen is in het Bulletin der Aanbestedingen, bladzijde 3711, nr. 7115;
- de beslissing van het bestuur om de overheidsopdracht in kwestie niet aan de verzoekende partij toe te wijzen;
- de beslissing van het bestuur om die overheidsopdracht toe te wijzen aan de BVBA MOURANT;
- elke daarop aansluitende of daarmee samenhangende beslissing;"

Gezien de regelmatig uitgewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag van de heer DEROUAUX, eerste auditeur bij de Raad van State;

Gelet op de beschikking van 4 mei 2000, waarbij de neerlegging van het dossier en het verslag ter griffie wordt gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen en gezien de laatste memorie van de verzoekende partij;

Gelet op de beschikking van 9 november 2000, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij wordt bepaald dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 29 november 2000;

Gehoord het verslag van de heer HANSE, staatsraad;

Gehoord de opmerkingen van Mr. PLUMA, loco Mr. SOURIS, advocaat, die voor de verzoekende partij verschijnt, en van Mr. TISON, advocaat, die voor de verwerende partij verschijnt;

Gehoord het eensluidend advies van de heer DEROUAUX, eerste auditeur-afdelingshoofd;

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

Overwegende dat de volgende feiten dienstig zijn voor het onderzoek van het beroep :

1. Bij een besluit van 16 juni 1997 heeft de gemeenteraad van de verwerende partij gekozen voor de procedure van de openbare aanbesteding en de voorwaarden voor een overheidsopdracht voor de aanneming van werken vastgesteld door het bijzonder bestek betreffende de rioleringswerken en de werken ter verbetering van de rue Royale te Chapelle-lez-Herlaimont goed te keuren.

2. Overeenkomstig artikel 12 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken is de overheidsopdracht in mededinging gesteld door middel van een aankondiging van opdracht die in het Bulletin der Aanbestedingen van 8 juni 1998 is gepubliceerd en waarin, betreffende de criteria voor de kwalitatieve selectie, het volgende stond vermeld :

" (...) 4. Inlichtingen en documenten :

Erkenning : categorie C. klasse 3.

Koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Artikel 17 : bewijzen van overeenstemming met de punten 5 (RSZ) en 6 (registratie 05 of 00)

Artikel 19 : punten 2, 3 en 5".

De structuur van de aankondiging van de opdracht is dezelfde als die van artikel 12, tweede lid, waarvan onderdeel 4° als volgt luidt :

"de inlichtingen en documenten die nodig zijn voor de beoordeling van de financiële, economische en technische minimumeisen door de aanbestedende overheid aan de aannemers gesteld met het oog op hun selectie, in het bijzonder de voorwaarden die vereist worden door de wetgeving betreffende de erkenning van aannemers van werken; deze inlichtingen en documenten mogen geen andere zijn dan deze vermeld in artikelen 17 tot 19 van dit besluit";

3. Zoals in de aankondiging van de opdracht was vermeld, heeft de vergadering voor de opening van de offertes op 29 juni 1998 plaatsgehad. Er waren tien inschrijvingen ingediend, onder meer door de verzoekende partij en door de firma MOURANT.

De verzoekende partij voert aan dat haar inschrijving de documenten bevat die vermeld zijn in het bijzonder bestek, blz. 3, in de rubriek "Artikel 90 - § 2 : INHOUD VAN DE OFFERTE", maar niet die welke vermeld staan in de aankondiging van de opdracht.

4. In het verslag van het onderzoek der inschrijvingen dat op 17 juli 1998 is opgemaakt door IGRETEC, de indiener van het project, staat in rubriek "3. Verificaties, a) kwalitatieve selectie" het volgende te lezen :

" Na analyse constateert de aanbestedende overheid dat de firma's WANTY, SOTRAGI, ROUSSEAUX Ph. en TRAVEXPLOIT de eensluidende documenten vereist krachtens ART 17-5°, ART 19-2°, ART 19-3° en 19-5° van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 waarvan in de aankondiging van de opdracht melding wordt gemaakt, niet hebben overgelegd. Bijgevolg is de aanbestedende overheid van oordeel dat de offertes van die firma's niet-ontvankelijk zijn.

Wij bevestigen de analyse van de aanbestedende overheid".

5. Op basis van dat verslag heeft het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij op zijn vergadering van 24 juli 1998 besloten de opdracht toe te wijzen aan de BVBA MOURANT.

Bij brief van 28 juli 1998 heeft de verwerende partij aan de verzoekende partij het volgende meegedeeld :

- " Tot onze spijt moeten wij u meedelen dat het schepencollege op zijn vergadering van 24 juli 98 besloten heeft uw inschrijving betreffende de voormelde werken te verwerpen om de hierna vermelde reden :
- niet-naleving van artikel 19 van het koninklijk besluit van 8 januari '96".

6. Op 19 augustus 1998 zendt de verzoekende partij de verwerende partij een brief met een omstandige argumentatie waarin ze haar verzoekt haar beslissing te herzien en haar offerte als regelmatig te beschouwen; het begin van de brief luidt als volgt :

- " Wij hebben nota genomen van uw brief van 28 juli jongstleden, waarin u ons meegedeeld hebt dat u geen rekening zou houden met de offerte die wij hebben ingediend voor de in het kenmerk vermelde opdracht om reden dat ze niet in overeenstemming was met artikel 19 van het KB van 8 januari 1996.

Volgens wat wij ondertussen hebben vernomen, zou onze offerte als onregelmatig zijn beschouwd omdat wij van de documenten waarvan sprake is in het artikel 19 waarnaar in de aankondiging van de opdracht wordt verwezen er drie niet hebben bijgevoegd. (...)"

Voorts staan er in de brief juridische argumenten die in wezen terug te vinden zijn in het tweede middel van het verzoekschrift tot nietigverklaring; de brief bevat een bijlage met alle ontbrekende documenten.

7. In zijn vergadering van 14 september 1998 bevestigt het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij, op basis van het advies van Mr. Etienne DUVIEUSART, de aanwijzing van de Entreprises Mourant als aannemer voor de werken aan de rue Royale ten nadele van de Entreprises Rousseaux, waarvan de offerte verworpen was.

De verzoekende partij is daarvan op 15 september 1998 in de volgende bewoordingen op de hoogte gebracht :

- " Het schepencollege heeft op zijn vergadering van 14 september 1998 bevestigd dat het bij zijn beslissing van 24 juli 1998 blijft, namelijk de toewijzing van de opdracht voor aanneming van werken aan de BVBA MOURANT van en te 7110 Maurage, en dit om de redenen vermeld in de brief die op 28 juli 1998 aan u is gericht";

Overwegende dat de verzoekende partij een eerste middel aanvoert "ontleend aan machtsoverschrijding door het bestuur bij het «verwerpen» van de inschrijving van de verzoekende partij en aan de omstandigheid dat de zogeheten onregelmatigheden vervat in de offerte van de verzoekende partij niet substantieel zijn, welk middel eveneens ontleend wordt aan schending van het koninklijk besluit van 8 januari '96"; dat zij van oordeel is dat het aan haar gerichte verwijt artikel 19 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 niet te hebben nageleefd, namelijk het niet overleggen van een lijst van de werken die zij tijdens de laatste vijf jaar heeft

uitgevoerd (punt 2), het niet vermelden van de werktuigen, het materieel en de technische uitrusting waarover zij voor de uitvoering van het werk zou beschikken (punt 3) en het niet vermelden van de technici of de technische diensten die haar ter beschikking zouden staan (punt 5), ongegrond is; dat zij in een eerste onderdeel betoogt dat die onregelmatigheden niet substantieel zijn en tot staving daarvan verwijst naar de bewoordingen zelf van artikel 19, naar luid waarvan "de technische bekwaamheid van de aannemer aangetoond «kan» worden ..."; dat zij in een tweede onderdeel aanvoert dat de verwerende partij goed genoeg over haar technische bekwaamheid was ingelicht door haar erkenning in klasse 6, terwijl de overheidsopdracht in klasse 3 gerangschikt was, doordat zij voor en tot volledige voldoening van de verwerende partij reeds een opdracht van een vergelijkbare omvang had uitgevoerd en doordat de indiener van het project, IGRETEC, met wie ze heel vaak had samengewerkt, haar zeer goed kende; dat zij in een derde onderdeel tegen de verwerende partij inbrengt dat ze geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid die door artikel 20 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 wordt geboden om haar te verzoeken de overgelegde getuigschriften en documenten aan te vullen en dat zij daarin een misbruik van recht vanwege de verwerende partij ziet;

Overwegende, wat het eerste onderdeel betreft, dat de aanbestedende overheid bij een openbare aanbesteding, zoals in casu, krachtens artikel 16, eerste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, een kwalitatieve selectie van de inschrijvers dient te maken op grond van de inlichtingen en de documenten vermeld in de artikelen 17 tot 19 van hetzelfde koninklijk besluit; dat het voormelde artikel 19, naast een inventaris van de referenties waarmee de technische bekwaamheid van de aannemer kan worden aangetoond, de volgende bepaling bevat : "De aanbestedende overheid geeft in de aankondiging van opdracht (...) aan welke van deze referenties zij verlangt"; dat uit deze bepalingen volgt dat de vraag of het niet opgeven van deze of gene van die referenties al dan niet substantieel is, irrelevant is en dat het feit alleen dat de aanbestedende overheid ze heeft "verlangd" en zulks in de aankondiging van de opdracht heeft vermeld tot gevolg heeft dat ze moeten worden overgelegd opdat het oordeel dat over de technische bekwaamheid van de inschrijvers moet worden geveld niet wordt vervalst en opdat het principe van de gelijke behandeling die hen te beurt moet vallen, niet wordt geschonden; dat dit onderdeel van het middel ongegrond is;

Overwegende, wat het tweede onderdeel betreft, dat het voormelde artikel 19 die inventaris van de referenties waarmee de technische bekwaamheid van

de aannemer kan worden aangetoond, opgeeft "onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van aannemers van werken"; dat de verzoekende partij bijgevolg niet op goede gronden kan betogen dat die referenties konden worden vervangen door de loutere opgave van haar erkenning in klasse 6; dat zij evenmin op goede gronden kan betogen dat de persoonlijke vertrouwdsheid van de verwerende partij of van de indiener van het project met haar technische bekwaamheid op zich voldoende was ter vervanging van die referenties, aangezien men dan in subjectiviteit, willekeur en ongelijke behandeling van de inschrijvers zou vervallen; dat dit onderdeel van het middel ongegrond is;

Overwegende, wat het derde onderdeel betreft, dat het hier, zoals de verzoekende partij zelf toegeeft, slechts om een mogelijkheid gaat en dat het de verwerende partij vrij stond daar al dan niet gebruik van te maken, terwijl haar enige verplichting terzake erin bestaat alle inschrijvers op voet van gelijkheid te behandelen; dat de verzoekende partij niet beweert dat de verwerende partij van die mogelijkheid wel gebruik zou hebben gemaakt ten gunste van een andere inschrijver, maar niet ten gunste van haar; dat dit onderdeel van het middel bijgevolg ongegrond is;

Overwegende dat de verzoekende partij een tweede middel aanvoert "ontleend aan de omstandigheid dat de ingezonden stukken toereikend zijn, en, subsidiair, aan de culpa in contrahendo die het bestuur bij het opmaken van de contractuele stukken heeft begaan, en nog meer subsidiair aan machtsoverschrijding door de verwerende partij door het steunen op de stukken in kwestie om de offerte van de verzoekende partij te «verwerpen»"; dat zij van oordeel is dat de bewoordingen van de aankondiging van de opdracht en die van het bijzonder bestek betreffende de bij te voegen stukken tot verwarring hebben geleid waardoor zij de tekst niet goed begrepen heeft; dat zij daarop laat volgen dat "de foutieve redactie van de stukken van de overheidsopdracht eveneens blijkt uit het feit dat vier van de tien inschrijvers dezelfde vergissing hebben begaan" en dat die fout nog verergerd wordt door de omstandigheid dat artikel 20 niet is toegepast;

Overwegende dat dit middel samenvalt met het eerste middel voorzover daarin wordt beweerd dat de ingezonden stukken toereikend zijn; dat het middel niet-ontvankelijk is voorzover daarin "culpa in contrahendo" wordt aangevoerd, aangezien de Raad van State niet bevoegd is om zich uit te spreken over het bestaan van een fout in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek; dat het middel niet kan worden aangenomen;

Overwegende dat de verzoekende partij een derde middel aanvoert "ontleend aan schending van artikel 32 van de Grondwet en aan schending van artikel 51, § 2, 1°, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996"; dat zij benadrukt dat "de zogeheten motivering uiterst beknopt is", dat zij "bijlange niet volledig en expliciet is", dat "ze inzonderheid niet in overeenstemming is met de gegevens van de offerte, zoals de erkenning in klasse 6", dat "de brief van 15-9-98 niet explicieter is" en dat "de motiveringsplicht nochtans des te meer diende te worden vervuld daar er op verschillende punten een grote dubbelzinnigheid bestond waarvan vier van de tien inschrijvers het slachtoffer zijn geworden";

Overwegende dat de reden waarom de inschrijving van de verzoekende partij niet geselecteerd is weliswaar beknopt is geformuleerd in de brief van 28 juli 1998, maar dat die reden niettemin expliciet genoeg is aangegeven; dat de brief die de verzoekende partij op 19 augustus 1998 aan de verwerende partij heeft gericht, aantoont dat de verzoekende partij de redenen van haar uitsluiting heel goed had begrepen, wat bewijst dat aan de motiveringsplicht was voldaan; dat het middel ongegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten, bepaald op 7.000 frank, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van de VIe kamer, op negenentwintig juni tweeduizend en één door :

de HH. CLOSSET, kamervoorzitter,
HANSE, staatsraad,
LEWALLE, staatsraad,
HARMEL, griffier.

De Griffier,

De Voorzitter,

P. HARMEL.

Ch.-L. CLOSSET.

VERTALING OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 63,
EERSTE LID, VAN DE WETTEN OP DE RAAD VAN STATE,
GECOÖRDINEERD OP 12 JANUARI 1973.