

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.129.101 van 10 maart 2004

A. 76.719/VI-14.376

In zake: **1. de naamloze vennootschap BOUCHER,**
 2. de naamloze vennootschap JOLY, in wier
 rechten de **naamloze vennootschap WEGEBO**
 beweert te zijn getreden,

die woonplaats hebben gekozen bij
Mr. Xavier LEURQUIN, advocaat,
Tedescolaan 7
1160 Brussel,

tegen:

het Brussels Hoofdstedelijk Gewest,
vertegenwoordigd door zijn Regering.

DE RAAD VAN STATE, VIe KAMER,

Gezien het op 11 december 1997 ingediende verzoekschrift, waarbij de naamloze vennootschap BOUCHER en de naamloze vennootschap JOLY de nietigverklaring vorderen van "de beslissing van onbekende datum, getroffen door de verwerende partij (het Brussels Hoofdstedelijk Gewest):

- waarbij afstand gedaan werd van de procedure tot toewijzing van de overheidsopdracht van werken in de omtrek van de Hallepoort op het grondgebied van de stad Brussel en van de gemeente Sint-Gillis, volgens de regels van de offerteaanvraag;
- en waarbij een nieuwe procedure tot toewijzing van de opdracht wordt aangevat, volgens de regels van de aanbestedingsprocedure";

Gezien het op 15 januari 1998 door dezelfde verzoekende partijen ingediende "aanvullend verzoekschrift tot nietigverklaring", waarin ze een "nieuw, kennelijk gegronnd middel" aanvoeren;

Gezien de regelmatig uitgewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

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

Gelet op de beschikking van 29 oktober 2003, 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 memories;

Gelet op de beschikking van 11 februari 2004, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij bepaald wordt dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 3 maart 2004;

Gehoord het verslag van de heer HANSE, staatsraad;

Gehoord de opmerkingen van Mr. Xavier LEURQUIN, advocaat, die voor de verzoekende partijen verschijnt, en van Mr. Luc DEPRE, advocaat, die voor de verwerende partij verschijnt;

Gehoord het advies van de heer THIBAUT, auditeur;

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

Overwegende dat de voor het onderzoek van de verzoekschriften dienstige feiten als volgt kunnen worden samengevat:

1. Op 11 juli 1997 stemt een Staatssecretaris van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest in met bestek nr. K7/97 - 206 betreffende de heraanleg van de omgeving van de Hallepoort op het grondgebied van de stad Brussel en van de gemeente Sint-Gillis.

De gunning van de opdracht geschiedt via een algemene offerteaanvraag en de opening van de inschrijvingen is gepland op 18 september 1997.

2. Op 18 september 1997 dienen de NV BOUCHER en de NV JOLY, verenigd in een aannemerscombinatie, een offerte in waarvan het bedrag het laagste blijkt te zijn van de acht ingekomen offertes.

3. Op 10 oktober 1997 stellen de diensten van de verwerende partij na hun onderzoek van de offertes voor de opdracht toe te wijzen aan de NV WEGEBO, die vóór de verzoekende partijen als eerste is gerangschikt.

Ze wijzen de administratieve overheid evenwel op een discrepantie tussen de Nederlandse en de Franse lezing van het bestek.

4. Met het oog op de vergadering van 6 november 1997 maken Minister HASQUIN en Staatssecretaris ANDRE een "nota aan de leden van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering" op waarin de voorgeschiedenis van het dossier als volgt wordt samengevat:

" Op 10.07.97 heeft de Brusselse Hoofdstedelijke Regering

- haar voorafgaandelijk akkoord gehecht aan het bijzonder bestek nr. K7/97-206 betreffende het volgende initiatief: "B1/980 - Heraanleg van de omgeving van de Hallepoort op het grondgebied van de Stad Brussel en van de gemeente Sint-Gillis";
- machtiging verleent om over te gaan tot de gunning van de opdracht via een algemene offerteaanvraag;

Deze opdracht heeft het voorwerp uitgemaakt van een wijzigend bericht dat de tekst van het artikel 48 § 2 "Boeten wegens vertraging" van het bijzonder bestek wijzigt. Men diende te lezen "... een boete van 300.000,-BEF per dag zal worden toegepast ..." in plaats van "... een boete van 300.000,-BEF per dag kan worden toegepast ...".

Na deze zitting bleek bij de Administratie dat de Franse versie en de Nederlandse versie van het bijzonder bestek verschillende versies vertoonden.

Het artikel 90, § 2, van de administratieve bepalingen (bl. 10 in de Franse versie, bl. 9 in de Nederlandse versie), lid e), voorziet dat de inschrijver verplicht wordt om desgevallend een nota bij zijn offerte te voegen, waarin hij verklaart rekening te hebben gehouden met de eventuele wijzigende berichten. In de Franstalige versie moet deze verklaring bijgevoegd worden op straffe van nietigheid, terwijl de Nederlandse versie deze sanctie niet voorziet.

Dit verschil in de teksten maakt de gunning van de opdracht, aan welke kandidaat dan ook, onzeker door het risico van een beroep bij de Raad van State waardoor de procedure kan worden geschorst en/of de opdracht worden vernietigd.

Bovendien, na de goedkeuring van het bijzonder bestek nr. K7/97-206, heeft het Bestuur Ruimtelijke Ordening en Huisvesting aan het Bestuur Uitrusting en Vervoer gemeld dat bepaalde archeologische opgravingen op de betrokken site kunnen worden uitgevoerd.

De aandacht van de inschrijvers dient te worden gevestigd op het feit dat de werf plaatselijk kan worden stopgezet gedurende een periode van maximum 3 kalendermaanden.

Derhalve wordt er voorgesteld om de procedure stop te zetten en ze onmiddellijk terug op te starten bij openbare aanbesteding.

De uitvoeringstermijn van de werken wordt vastgelegd op 75 werkdagen.

Behalve deze twee wijzigingen (gunningswijze van de opdracht en uitvoeringstermijn), blijft het bijzonder bestek nr. K7/97-206 ongewijzigd."

5. Op 13 november 1997 maakt de Regeringssecretaris de volgende nota op:

" Brusselse Hoofdstedelijke Regering.
Betekening van de vergadering van 06 november 1997.

Punt 69. B1/990 - Heraanleg van de omgeving van de Hallepoort op het grondgebied van de Stad Brussel en van de Gemeente Sint-Gillis - Bijzonder bestek nr. K7/97-210 - Openbare aanbesteding (B.H.R.- **H** -40.48.0)

Beraadslaging:

Goedgekeurd.

De Brusselse Hoofdstedelijke Regering:

- hecht haar goedkeuring aan de stopzetting van de procedure voor de gunning van de opdracht betreffende de heraanleg van de omgeving van de Hallepoort op het grondgebied van de Stad Brussel en de Gemeente Sint-Gillis, op basis van het bijzonder bestek nr. K7/97-206;
- verleent machtiging om de procedure terug op te starten, bij openbare aanbesteding;
- hecht haar goedkeuring aan het bijzonder bestek nr. K7/97-210 betreffende hetzelfde project;
- staat een inkorting toe van de publicatietermijn in het Bulletin der Aanbestedingen, de termijn voor ontvangst van de offertes zijnde ingekort tot een minimum van tien dagen, voor zover dat een termijn van minimum zeven dagen in acht wordt genomen vanaf de datum van de publicatie tot de datum vastgelegd voor de ontvangst van de offertes;
- hecht haar goedkeuring aan de vastlegging van een bedrag van 98.404.472 BEF (incl. BTW) op het begrotingsartikel nr. 12.32.72.01.17 - begroting 1997.
- belast Staatssecretaris Eric André met de verdere afhandeling van deze aangelegenheid."

6. Op 19 november 1997 neemt Staatssecretaris E. ANDRE de volgende beslissing:

" Gelet op de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;

Gelet op het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken;

Gelet op de algemene offerteaanvraag betreffende de heraanleg van de omgeving van de Hallepoort op het grondgebied van de Stad Brussel en van de gemeente Sint-Gillis;

Gelet op het bijzonder bestek nr. K7/97-206;

Gelet op het wijzigend bericht verschenen in het Bulletin der Aanbestedingen van 8 augustus 1997;

Gelet op de ingediende offertes;

Overwegende dat na de opening van de offertes is gebleken dat de Franse versie van het bijzonder bestek verschilde van de Nederlandse versie;

Overwegende dat het artikel 90, § 2, van de administratieve bepalingen van het bijzonder bestek (bl. 10 in de Franse versie, bl. 9 in de Nederlandse versie), lid e), inderdaad bepaalt dat de inschrijver desgevallend wordt verplicht een nota bij zijn offerte te voegen waarin de aannemer verklaart rekening te hebben gehouden, bij de uitwerking van zijn offerte, met de eventuele wijzigende berichten, met vermelding van de nummers en de benamingen; dat de Franse versie van het bijzonder bestek echter voorziet dat deze verklaring bij de offerte moet worden gevoegd op straffe van nietigheid, terwijl de Nederlandse versie deze sanctie niet voorziet;

Overwegende dat, door het feit dat er een wijzigend bericht is geweest, de inschrijvers, naargelang zij zich op de ene of op de andere versie van het bijzonder bestek hebben gebaseerd - en beiden hebben een bewijskracht - met reden op een verschillende wijze kunnen hebben gereageerd, wat de bekwaamheid van het bestuur om de gelijkheid van de inschrijvers bij de behandeling van de offertes te eerbiedigen in het gedrang brengt, zoals blijkt uit het feit dat, wat betreft de twee eerste gerangschikten, de éne, die een offerte in het Nederlands heeft ingediend, de verklaring voorzien in het artikel 90, § 2, lid e), niet heeft bijgevoegd, terwijl de andere, die zijn offerte in het Frans heeft ingediend, deze verklaring wel heeft bijgevoegd;

Overwegende dat de verklaring vereist door het artikel 90, § 2, lid e), in onderhavig geval des te belangrijker was dat het wijzigend bericht de beoordelingsmarge van de bevoegde overheid om de opdracht te gunnen via de niet gewijzigde versie van het bijzonder bestek tot nul herleidde, wat betreft de toepassing van de sancties, en dat de termijn voor de voltooiing van de werken een gunningscriterium was;

Overwegende dat het derhalve onmogelijk bleek om de opdracht aan welke kandidaat dan ook te gunnen zonder een onregelmatigheid te begaan;

Overwegende dat er derhalve aanleiding is om onderhavige procedure stop te zetten en de procedure te herbeginnen;

Overwegende dat de beplantingswerken bovendien dwingend op 31 maart 1998 moeten worden beëindigd;

Overwegende ook dat, na de goedkeuring van het bijzonder bestek nr. K7/206, het Bestuur Ruimtelijke Ordening en Huisvesting aan het Bestuur Uitrusting en Vervoer heeft gemeld dat archeologische opgravingen op de betrokken site zouden worden uitgevoerd; dat de aandacht van de inschrijvers dient te worden gevestigd op het feit dat de werf plaatselijk kan worden stopgezet voor een periode van maximum twee kalendermaanden;

Overwegende tenslotte de mogelijke stopzetting van de werken omwille van ongunstige weersomstandigheden tijdens de winterperiode;

Overwegende dat de termijn derhalve niet meer mag worden overgelaten aan de voorstellen van de kandidaten, zodanig dat, door het feit dat de prijs een essentieel gunningscriterium wordt voor de opdracht, de procedure bij openbare aanbesteding dient te worden herbegonnen;

Overwegende dat, rekening houdend met de vertragingen opgelopen door de noodzaak om de procedure te herbeginnen, de termijn voor ontvangst van de offertes tot een minimum van tien dagen dient te worden ingekort, krachtens het 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;

B E S L U I T :

Artikel 1:

De procedure voor de gunning van de opdracht betreffende de heraanleg van de omgeving van de Hallepoort op het grondgebied van de Stad Brussel en van de gemeente Sint-Gillis, op basis van het bijzonder bestek nr. K7/97-206, wordt stopgezet.

Artikel 2:

De procedure dient te worden herbegonnen, bij openbare aanbesteding.

Artikel 3:

De aankondiging van opdracht zal in het Bulletin der Aanbestedingen worden gepubliceerd, de termijn voor ontvangst van de offertes beperkt zijnde tot een minimum van tien dagen, voor zover dat een termijn van minimum zeven dagen in acht worden genomen vanaf de datum van de publicatie van de aankondiging in het Bulletin der Aanbestedingen tot de datum die wordt vastgelegd voor de ontvangst van de offertes.

Artikel 4:

Het Bestuur Uitrusting en Vervoer wordt belast met de uitvoering van onderhavig besluit."

Dit is de bestreden handeling.

7. Op 20 november 1997 dienen de NV BOUCHER en de NV JOLY naar aanleiding van de overheidsopdracht K7/97-210 een offerte in voor een bedrag van 85.369.647 frank, te weten hetzelfde bedrag als datgene dat in de algemene offerteaanvraag is voorgesteld.

8. Op 12 december 1997 vragen ze de diensten van de verwerende partij waarom het Brussels Hoofdstedelijk Gewest besloten heeft de procedure betreffende de heraanleg van de omgeving van de Hallepoort over te doen.

9. Op 15 december 1997 wijst de Staatssecretaris van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest belast met Openbare Werken de overheidsopdracht toe aan de aannemerscombinatie NV NUTONS-NV TRADEHY, terwijl de offerte van de vennootschappen BOUCHER en JOLY als vierde is gerangschikt.

10. Op 7 januari 1998 zenden de diensten van de verwerende partij aan de laatstgenoemde vennootschappen een afschrift van de beslissing van de Staatssecretaris.

11. Op 30 maart 1998 melden de diensten van de verwerende partij aan de bewuste vennootschappen dat ze een vergissing hebben begaan in de verzending van 7 januari 1998 en zenden ze die een afschrift over van de beslissing d.d. 6 november 1997 van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering.

Overwegende ambtshalve, wat de ontvankelijkheid van de beroepen betreft, dat de laatste memorie van de verzoekende partijen op 8 december 2003 is ingediend namens de NV BOUCHER en de NV WEGEBO, welke laatste beweert "in de rechten van de NV JOLY" te zijn getreden; dat de raadsman van de verzoekende partijen op de terechtzitting van 3 maart 2004 erop gewezen heeft dat de NV JOLY geen partij meer is in het geding, maar wel de NV WEGEBO, die de NV JOLY zou hebben overgenomen;

Overwegende evenwel dat stuk nr. 20, dat deel uitmaakt van de stukken gevoegd bij die laatste memorie en dat geacht wordt die overname vast te stellen, wel degelijk onder nr. 20020717-78 bekendgemaakt is in de bijlagen tot het Belgisch Staatsblad, zoals wordt aangegeven in de bijgevoegde inventaris, maar niet het analytisch uittreksel is van een akte van 26 juni 2002, doch van een akte van 12 juni 2002, waarin melding wordt gemaakt van de fusie door overneming van de NV ENROMAC-SOBELTER door de NV WEGEBO en die blijkbaar geenszins betrekking heeft op de NV JOLY; dat dat punt moet worden opgehelderd; dat voorts de regelmatigheid van de hervatting van het geding door de NV WEGEBO veronderstelt, enerzijds dat de beslissing van de NV JOLY om het beroep in te stellen genomen is door haar bevoegde en regelmatig samengestelde orgaan, en anderzijds dat tot de hervatting van het geding besloten is door het bevoegde en regelmatig samengestelde orgaan van de NV WEGEBO; dat de thans voorgelegde stukken

weliswaar aantonen dat de eerste beslissing regelmatig genomen is, maar dat dat bewijs thans niet wordt geleverd wat de tweede beslissing betreft;

Overwegende, wat de regelmatigheid betreft van de beslissing van de NV BOUCHER om in rechte op te treden, dat die beslissing op 5 december 1997 is genomen door onder meer Philippe STULEMEIJER en Jacques RORIF; dat uit de voorgelegde stukken blijkt dat ze als bestuurder zijn aangewezen door de buitengewone algemene vergadering van 23 juni 1988, met dien verstande dat hun mandaten "onmiddellijk na de gewone algemene vergadering van 1995" een eind moesten nemen; dat artikel 10 van de statuten voorts bepaalt: "De mandaten mogen, behalve herkiezing, een termijn van zes jaar niet overschrijden"; dat derhalve de vraag rijst of het mandaat van bestuurder dat Philippe STULEMEIJER en Jacques RORIF op 5 december 1997 bekleedden, regelmatig is;

Overwegende voorts dat, indien het onderhavige beroep slechts ten aanzien van één van de verzoekende partijen ontvankelijk wordt verklaard, de vraag rijst of artikel 19, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, de leden van een aannemerscombinatie zonder rechtspersoonlijkheid die als zodanig heeft deelgenomen aan een procedure voor de toewijzing van een overheidsopdracht en waaraan de genoemde opdracht niet is gegund, niet verplicht gezamenlijk in rechte op te treden, als vennoot of in eigen naam, in het kader van hun beroep tegen de beslissing betreffende die opdracht, met andere woorden, of het genoemde artikel 19, eerste lid, een lid van een zodanige aannemerscombinatie niet verbiedt persoonlijk, als vennoot of in eigen naam, beroep in te stellen tegen die beslissing;

Overwegende ten slotte dat de vraag rijst of de verzoekende partijen nog een belang hebben bij het onderhavige beroep, daar ze het niet nodig geacht hebben, zoals ze hebben verklaard op de terechtzitting van 3 maart 2004, de toewijzingsbeslissing van 15 december 1997 aan te vechten, met andere woorden, of in het vooruitzicht van een ingewikkelde aangelegenheid de hierbij aangevochten beslissingen niet dienen te worden beschouwd als voorbereidende handelingen die niet definitief griefhoudend zijn en waartegen derhalve geen beroep openstaat;

Overwegende dat een goede rechtsbedeling voorschrijft dat de partijen de mogelijkheid moeten krijgen zich te verklaren, de jure en de facto, over die welbepaalde kwesties, omtrent welke ze in hun laatste memorie hun standpunt niet hebben kunnen uiteenzetten,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De debatten worden heropend.

Artikel 2.

De verzoekende partijen beschikken vanaf de kennisgeving van dit arrest over een termijn van dertig dagen om een laatste memorie in te dienen, en de verwerende partij beschikt over een zelfde termijn om erop te antwoorden.

Artikel 3.

De zaak komt voor op de terechtzitting van 30 juni 2004.

Artikel 4.

De beslissing over de kosten wordt in beraad gehouden.

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van de VIe kamer, op tien maart tweeduizend en vier door:

de HH.	ANDERSEN,	voorzitter van de Raad van State,
	HANSE,	staatsraad,
	LEWALLE,	staatsraad,
	HARMEL,	griffier.

De Griffier,

De Voorzitter,

P. HARMEL

R. ANDERSEN

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