

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 184.837 van 26 juni 2008
in de zaak A. 188.087/XII-5427.**

In zake : 1. de NV MATEXI,
 2. de NV SIBOMAT,
 3. de NV COFINIMMO,
 samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaat C. De Wolf,
 kantoor houdende te Maarkedal,
 Etikhovestraat 6

tegen :

de VLAAMSE MAATSCHAPPIJ VOOR
SOCIAAL WONEN,
die woonplaats kiest bij
advocaat B. Martens,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 106.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het enig verzoekschrift dat de NV Matexi, de NV Sibomat en de NV Cofinimmo, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap “Matexi-Sibomat-Cofinimmo” op 28 april 2008 hebben ingediend om de schorsing en de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing van onbekende datum van verwerende partij, aan verzoekende partij overgemaakt bij aangetekend schrijven dd. 3 april 2008 en ontvangen op 4 april 2008, om verzoekende partij uit te sluiten van verdere onderhandelingen in het kader van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking betreffende PPS-pilootprojecten voor sociale huisvesting”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgesteld door adjunct-auditeur I. Vos;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 9 juni 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 17 juni 2008;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en van advocaten L. Annaert en A. Van Vaerenbergh, die loco advocaat B. Martens verschijnen voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van adjunct-auditeur I. Vos, daartoe gemachtigd bij beslissing van 4 januari 2008 van de auditeur-generaal;

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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. De Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Wonen schrijft een overheidsopdracht uit met als voorwerp de studie, de uitvoering van het werk, de financiering, het betalen van een jaarlijkse beheerskost en het onderhoud en herstellingen met betrekking tot sociale woongelegenheden in de gemeenten Tienen en Dilbeek.
2. Initieel wordt voor de toewijzing van de opdracht geopteerd voor een algemene offerteaanvraag bij wege van promotieovereenkomst, zoals bedoeld in artikel 9 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.
3. De verzoekende partijen dienen als tijdelijke handelsvennootschap in oprichting hun initiële offerte in op 18 april 2007. Daarnaast dienen nog drie andere inschrijvers een offerte in.
4. Op 19 juli 2007 stelt de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Stedenbeleid, Wonen en Inburgering de Vlaamse regering in kennis van het feit dat voormelde gunningsprocedure werd stopgezet omdat alle offertes onaanvaardbare prijzen voorstelden en dat een nieuwe gunningsprocedure zal worden opgestart, zijnde

een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking op grond van artikel 17, § 2, 1/, d), van de voormelde wet van 24 december 1993.

5. Vervolgens worden de verzoekende partijen bij brief van 4 september 2007 uitgenodigd om in het kader van de nieuwe gunningsprocedure een nieuwe offerte in te dienen, uiterlijk op maandag 8 oktober 2007 om 11 uur.

6. De verzoekende partijen dienen als tijdelijke handelsvennootschap een offerte in.

7. Bij brief van 17 januari 2008 worden zij uitgenodigd om hun “beste en laatste offerte (Best and Final Offer - BAFO)” in te dienen uiterlijk 28 januari 2008 om 14 uur.

8. Met een brief van 23 januari 2008 wordt meegedeeld dat de initiële datum voor indiening van de beste en laatste offertes wegens organisatorische redenen wordt uitgesteld tot uiterlijk 4 februari 2008 om 10 uur.

9. Uit het proces-verbaal van de opening van de offertes dat op 4 februari 2008 om 10.05 uur werd opgesteld blijkt dat drie inschrijvers een offerte hebben ingediend. Vanwege de verzoekende partijen echter is er bij de opening van de offerteformulieren in lokaal 6.200 blijkbaar geen offerte voorhanden.

10. Blijkens het “proces-verbaal bis” van opening van de offertes op 6 februari 2008, is de enveloppe van de verzoekende partijen pas “op de middag van 4 februari 2008” in de reguliere post aangetroffen.

11. Bij aangetekend schrijven van 3 april 2008 deelt de verwerende partij de verzoekende partijen haar beslissing mee om hun BAFO uit te sluiten. Deze brief waaruit de bestreden beslissing blijkt, luidt als volgt :

“Betreft : onderhandelingsprocedure voor het PPS-pilootproject sociale huisvesting 2007, perceel Vlaams-Brabant. Uitsluiting van uw offerte, BAFO, van 4 februari 2008.

Geachte mevrouw,

Geachte heer,

Omdat uw beste en laatste offerte (Best and Final Offer-Bafo) niet op maandag 4 februari 2008 te 10.00 uur in het lokaal 6.200 van de Vmsw, Koloniënstraat 40 te Brussel is toegekomen kan ze niet aanvaard worden. De tijdelijke vereniging ‘Matexi-Sibomat, Franklin Rooseveltlaan 180 te Waregem en nv Cofinimmo, Woluwelaan 58 te Brussel’, verder Matexi genoemd, wordt dus uitgesloten van de onderhandelingen.

Hoewel uw offerte in een enveloppe van Cofinimmo op de middag van 4 februari 2008 in de reguliere post werd gevonden en naar blijkt was ontvangen op vrijdag 1 februari 2008 om 14u, kan daarmee geen rekening worden gehouden. Op de enveloppe stond enkel de zesde verdieping vermeld als bestemming, er stond ‘per drager’ vermeld. Er werd ook geen melding van een ‘offerte’ gemaakt. Matexi nam dus geen voldoende voorzorgen om te maken dat de Bafo tijdig in het opgegeven lokaal geraakte. Naast de bepalingen van het bestek en het van toepassing zijnde artikel 104 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende overheidsopdrachten was de ultieme opvragingsbrief voor de Bafo ondubbelzinnig en uitermate nauwkeurig over plaats en afgifte van de offerte : ‘U dient de Bafo af te geven of te versturen ter attentie van de heer ir. Christian Mauroit, Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Wonen, Afdeling Gesubsidieerde Infrastructuur, Koloniënstraat 40, 6^{de} verdieping, lokaal 6.200, 1000 Brussel. Uw Bafo moet in elk geval uiterlijk 4 februari 2008 om 10.00 uur toekomen in lokaal 6.200.’

De selectiecommissies hebben de kwaliteiten van het bouwproject en het onderhoud onderzocht vanaf 5 februari 2008 om 9.00 uur. Tussen het tijdstip van ontvangst van uw Bafo en de start van de eerste selectiecommissie lag maar een halve werkdag. In deze korte tijdspanne was het onmogelijk om een grondig juridisch advies te vragen en te krijgen over de ontvankelijkheid van uw Bafo. Uit voorzorg en om geen tijd te verliezen is uw offerte wel door de Vmsw nagekeken en door de selectiecommissies geadviseerd op de kwaliteiten van het bouwproject en onderhoud.

De aanbestedende overheid heeft zich inmiddels wel grondig bezonnen en geïnformeerd over het uitsluiten van uw offerte en beslist nu dat omwille van de eerlijke mededinging uw offerte moest worden uitgesloten.

Hoogachtend,
ir. Christian Mauroit
afdelingshoofd
afdeling Gesubsidieerde Infrastructuur”

De exceptie

12. De verwerende partij werpt in haar nota op dat zij, de Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Wonen, geen administratieve overheid is in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en dat deze een “gebrek aan rechtsmacht” vertoont. Zij verwijst daartoe naar de arresten van het Hof van Cassatie van 14 februari 1997 “Gimvindus”, 10 september 1999 “BATC” en 10 juni 2005 “Kleine Landeigendom Het Volk”.

Zij leidt uit die rechtspraak af dat zij “enkel als een administratieve overheid [kan] worden aangemerkt indien zij beschikt over de mogelijkheid om beslissingen te nemen die derden kunnen binden (‘imperiumbevoegdheid’)”. Daartoe kan volgens haar niet verwezen worden naar haar onteigeningsbevoegdheid aangezien deze onderworpen is aan de voorafgaande machtiging van de Vlaamse regering.

13. In een kort geding kan de Raad van State slechts een beperkt onderzoek wijden aan excepties die de rechtsmacht of de onontvankelijkheid

betreffen, en deze enkel aanvaarden indien dat beperkt onderzoek uitwijst dat een dergelijke exceptie een hoge graad van ernst vertoont.

De verwerende partij verwijst te dezen in haar nota nergens naar een rechtbank van de gewone rechterlijke orde die wel rechtsmacht zou hebben voor het voorliggende geschil, ingeval deze niet bij de Raad van State zou liggen. Zij lijkt aldus geen “declinatoire exceptie” in te roepen, zoals ze is bedoeld in artikel 33 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, namelijk volgens die bepaling “gesteund op de grond dat de eis tot de bevoegdheid van die [rechterlijke] overheden behoort”.

De verwerende partij lijkt dus van de Raad van State enkel te verlangen dat deze de toepassing van artikel 14 van de meervermelde wetten op de Raad van State zou weren omdat zij bij het nemen van de bestreden beslissing niet als de daarin bedoelde administratieve overheid is opgetreden.

De door haar ingeroepen rechtspraak van het Hof van Cassatie lijkt alvast niet relevant om haar stelling, dat zij te dezen niet handelde als administratieve overheid te ondersteunen. Mocht het al aan het Hof van Cassatie toekomen om zonder een formele declinatoire exceptie het genoemde begrip zelf in te vullen in plaats van de Raad van State, lijkt het Hof er in de voormelde arresten de nadruk op te leggen dat de daar in het geding zijnde verwerende partijen zijn opgericht door een “administratieve” overheid. De verwerende partij daarentegen is niet op die wijze opgericht, maar bij decreet van 24 maart 2006 houdende wijziging van decretale bepalingen inzake wonen als gevolg van het bestuurlijk beleid. Artikel 33 van dat decreet verving artikel 30 van het decreet van 15 juli 1997 houdende de Vlaamse Wooncode, volgens welke bepaling de verwerende partij “wordt opgericht als een publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap als vermeld in artikel 13 van het kaderdecreet Bestuurlijk Beleid van 18 juli 2003”. Ook al wordt daarbij bepaald dat zij in de vorm van een naamloze vennootschap wordt opgericht “zonder haar burgerlijk karakter te verliezen” lijkt in de huidige stand van de procedure niet te moeten worden aangenomen dat zij aldus geen administratieve overheid is in de zin van het meer vernoemde artikel 14 : zij is immers decretaal opgericht en een aanzienlijk aantal bepalingen beklemtonen haar publiekrechtelijk statuut: zo staat zij onder toezicht van de Vlaamse regering (artikel 23 van het voormelde kaderdecreet), die de leden van haar raad van bestuur en haar gedelegeerd bestuurder benoemt en enkel het Vlaamse Gewest en de provincies en gemeenten gelegen in het Vlaamse Gewest zijn gemachtigd om haar aandeelhouders te worden

(artikel 30 Vlaamse Wooncode). Ten overvloede kan erop worden gewezen dat zij op statutaire wijze personeel mag aanwerven en tewerkstellen, hetgeen een bevoegdheid lijkt om derden eenzijdig te binden.

In de huidige stand van de zaak lijkt uit hetgeen voorafgaat te mogen worden afgeleid dat de exceptie niet de vereiste hoge graad van ernst vertoont, en dus niet wordt aanvaard. De bestreden beslissing lijkt te moeten worden aangemerkt als een akte die door de verwerende partij als administratieve overheid is genomen in de uitoefening van haar publiekrechtelijke opdracht, die aldus bij toepassing van het voormelde artikel 14 door de Raad van State kan worden nietigverklaard en waarvan bijgevolg ook de tenuitvoerlegging kan worden geschorst.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

14. Krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Het middel

15. Wat de eerste voorwaarde betreft, beroepen de verzoekende partijen zich in een enig middel op de schending van artikel 104 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (eerste onderdeel) en de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, “meer bepaald het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van de mededinging en het redelijkheidsbeginsel”, en de schending van het rechtsbeginsel “patere legem quam ipse fecisti” (tweede onderdeel).

Zij betogen daartoe hetgeen volgt.

- Zij hebben hun BAFO op 1 februari 2008 aangeboden op het gevraagde adres, alwaar om 13 u30 een ontvangstbewijs werd ondertekend en overhandigd aan de persoon die de offerte heeft ingediend. Uit dit ontvangstbewijs blijkt, enerzijds, dat hun offerte tijdig in het juiste gebouw en op de juiste verdieping werd

afgeleverd en, anderzijds, dat de ontvangende persoon kennis had van het feit dat het ging om een offerte aangezien op het ontvangstbewijs uitdrukkelijk melding is gemaakt van het dossier “PPS-pilootproject sociale huisvesting 2007/ Perceel Vlaams Brabant”.

- De interpretatie door de verwerende partij van artikel 104 van voormeld koninklijk besluit van 8 januari 1996 houdt in wezen in dat inschrijvers telkens verplicht zijn om de offerte persoonlijk af te leveren. Het is immers evident dat, mede uit hoofde van beveiligingsmaatregelen die binnen een overheidsgebouw worden gehanteerd, niet kan worden verwacht dat veralgemeende toegang wordt verleend aan mensen die pakjes afgeven. Het vereiste komt er dan op neer dat men telkens met de betrokken persoon een afspraak dient te regelen.
- Op veralgemeende wijze wordt aanvaard dat de aanbestedende overheid over een discretionaire bevoegdheid beschikt om op formele gronden, zoals de niet tijdige afgifte, offertes te weigeren. Te dezen is voldaan aan de vereisten van artikel 104 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 aangezien de offerte tijdig is ingediend.
- Onverminderd het feit dat de door de verwerende partij opgelegde bijkomende formaliteiten, meer bepaald het zelf verzekeren dat de offertes in een welbepaald lokaal worden afgeleverd, de wettigheidstoets niet kunnen doorstaan, schendt de bestreden beslissing, in de mate dat op grond van deze bijkomende formaliteiten, de offerte van de verzoekende partijen als substantieel onregelmatig wordt verworpen, ook het gelijkheids- en redelijkheidsbeginsel.
- Er is te dezen immers geen sprake van fraude aangezien de offerte van de verzoekende partijen tijdig werd ingediend. Uit het schrijven van 3 april 2008 blijkt dat op het ogenblik dat de offertes dienden te worden beoordeeld, namelijk op 5 februari 2008 om 9 uur, de offerte van de verzoekende partijen beschikbaar was en samen met de andere offertes door de selectiecommissie werd beoordeeld.

Bespreking

16. Artikel 104 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, luidt als volgt :

“§ 1. De offerte opgesteld op papier wordt per brief of per bode aan de aanbestedende overheid overgemaakt. Ze wordt in een definitief gesloten omslag geschoven waarop het volgende vermeld wordt: de datum van de zitting waarop de offertes worden geopend, de verwijzing naar het bestek en eventueel naar de nummers van de betrokken percelen. Bij verzending per post, als gewoon of aangetekend stuk, wordt die gesloten omslag in een tweede gesloten omslag geschoven met opgave van het adres dat in het bestek is aangegeven en met de vermelding ‘offerte’. Dezelfde voorwaarden zijn van toepassing op de via elektronische middelen opgestelde offerte die evenwel niet via deze middelen wordt verzonden.

De verzending of overhandiging van een via elektronische middelen opgestelde offerte moet in overeenstemming zijn met artikel 81ter.

§ 2. Iedere offerte moet bij de voorzitter van de zitting voor de opening van de offertes toekomen alvorens hij de zitting opent.

Nochtans wordt een offerte die te laat toekomt, in aanmerking genomen voor zover :

- 1/ de aanbestedende overheid aan de aannemer nog geen kennis heeft gegeven van haar beslissing,
- 2/ en de offerte ten laatste vier kalenderdagen vóór de dag vastgesteld voor de ontvangst van de offertes bij de post als aangetekende zending is afgegeven”.

Het toepasselijke bestek bepaalt in zijn artikel 104 onder meer dat de offertes moeten worden gericht aan de gedelegeerde bestuurder van de Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Wonen of zijn afgevaardigde en dat zij in een definitief gesloten omslag dienen te worden geplaatst waarop staat :

“a) het adres : Vlaamse maatschappij voor Sociaal Wonen
Afdeling Gesubsidieerde Infrastructuur
Koloniënstraat 40 - 6^{de} verdieping
1000 Brussel

b) de vermeldingen : PPS Sociaal Wonen, pilootproject,
perceel Vlaams-Brabant”

De brief van 23 januari 2008, waarin aan de verzoekende partijen werd meegedeeld dat de datum voor indiening van de beste en laatste offertes wegens organisatorische redenen werd uitgesteld tot uiterlijk 4 februari 2008 om 10 uur, bevat bovendien de volgende richtlijn :

“U dient de BAFO af te geven of te versturen ter attentie van de heer ir. Christian Mauroit, Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Wonen, Afdeling Gesubsidieerde Infrastructuur, Koloniënstraat 40, 6^{de} verdieping, lokaal 6.200,

1000 Brussel. Uw BAFO moet in elk geval uiterlijk 4 februari 2008 om 10.00 uur toekomen in lokaal 6.200.”

17. Te dezen blijkt uit een ontvangstbewijs gesteld op briefpapier van Cofinimmo dat per drager een stuk werd afgegeven in het gebouw van de verwerende partij op 1 februari 2008 om 13u30.

De onthaalbediende blijkt dat ontvangstbewijs te hebben ondertekend waarbij ze dit specificeerde als “13u30. 1/2/08”. Het ontvangstbewijs bevat ook nog de volgende vermeldingen :

“Vlaamse Maatschappij voor sociaal wonen
Afdeling gesubsidieerde infrastructuur
Koloniënstraat 40- 6^{de} verdieping
1000 Brussel
Per drager
Brussel, 1-02-2008
Betreft : PPS-pilootproject sociale huisvesting 2007 perceel Vlaams Brabant
ontvangstbewijs
[ondertekening]
Datum : 1 februari 2008
[stempel VMSW]”.

Het betrokken afgegeven stuk blijkt door de onthaalbediende, naar hetgeen zij verklaart, op de gelijkvloerse verdieping te zijn in ontvangst genomen. Op het stuk zelf blijkt ze te hebben getekend en vermeld “1/2/08 ontvangen in de namiddag om 14 u en bij de bedeling AGI gedaan”. Op het stuk staat enkel het adres van de verwerende partij, “6^{de} verdieping” en “per drager”. Dat stuk blijkt naar de verklaring van de betrokken onthaalbediende op de gelijkvloerse verdieping in het vak van AGI (Afdeling gesubsidieerd infrastructuur) te zijn gelegd, en “niet op de zesde verdieping”.

Vervolgens werd de betrokken enveloppe met de offerte, volgens het voormelde proces-verbaal bis, blijktbaar pas op de middag van 4 februari 2008 en dus na de openingszitting van 4 februari 2008 die om 10u.05 plaatsvond, in de reguliere post van de afdeling gesubsidieerde infrastructuur aangetroffen.

Uit het voormelde schrijven van 3 april 2008 blijkt dan nog dat de selectiecommissies de offertes hebben onderzocht vanaf 5 februari 2008 om 9u.00 en dat uit voorzorg en om geen tijd te verliezen de offerte van de verzoekende partijen is nagekeken en door de selectiecommissies is geadviseerd op de kwaliteiten van het

bouwproject en onderhoud, doch dat nadien alsnog beslist werd om die offerte uit te sluiten omdat zij niet tijdig was toegekomen in het opgegeven lokaal.

18. Indien door omstandigheden een offerte te laat aan de voorzitter van de zitting wordt overhandigd, moet zulks niet noodzakelijk tot onregelmatigheid ervan leiden ingeval daardoor de gelijkheid tussen de inschrijvers niet is bedreigd

Hoewel te dezen uit de stukken blijkt dat de offerte tijdig werd afgegeven aan de onthaalbediende, lijkt deze afgifte niet toerekenbaar aan de voornoemde voorzitter C. Mauroit. In strijd met de voormelde richtlijn werd op de betrokken enveloppe niet zijn naam vermeld of het voorgeschreven lokaal 6.200. Voorts ontbrak, in strijd met artikel 104 van het bestek, de vermelding “PPS sociaal wonen, pilootproject, perceel Vlaams-Brabant”. Ten slotte droeg de enveloppe zelf geen vermelding “offerte” of datum of uur van de zitting waarop de offertes zouden worden geopend. Het lijkt dus toerekenbaar aan de verzoekende partijen zelf dat de offerte zich bij de aanvang van de zitting nog niet bij de genoemde voorzitter van de zitting bevond. Bijgevolg lijkt de bestreden beslissing om die offerte uit te sluiten niet te zijn genomen in strijd met het voormelde artikel 104 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, noch lijken met die beslissing de in het middel genoemde beginselen te zijn geschonden.

Het middel is dan ook niet ernstig.

19. Aan de eerste van de door voormeld artikel 17 gestelde voorwaarden is niet voldaan. Die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing af te wijzen.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

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 zesentwintig juni 2008, door :

de H. D. VERBIEST,
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.