

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 209.782 van 16 december 2010
in de zaak A. 136.782/XII-3863**

In zake: de NV AANNEMINGSMAATSCHAPPIJ CFE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Jozef Timmermans
kantoor houdend te Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BRUSSELSE GEWESTELIJKE HUISVESTINGSMAAT-
SCHAPPIJ, naamloze vennootschap van openbaar nut
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Coenraets
kantoor houdend te Brussel
Ter Kamerenlaan 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV MEMCO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten France Maussion en France Vlassembrouck
kantoor houdend te Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 20 juni 2003, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing d.d. 22 april 2003 van verwerende partij, in gedelegeerde opdracht van de regering van het Brussels hoofdstedelijk Gewest, om Memco nv aan te wijzen als laureaat van de oproep tot kandidaatstelling voor de aankoop van het onroerend goed ‘bâtiment de front de Place Dailly’ te Schaarbeek voor de prijs van 2.050.000 euro zonder kosten, met de verplichting een programma van inrichting van het gebouw te verwezenlijken [...]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 119.829 van 23 mei 2003 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid verworpen.

Bij arrest nr. 125.032 van 4 november 2003 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De nv Memco heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 16 februari 2004. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 oktober 2010.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Carlos De Wolf en Jozef Timmermans, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Christophe Lepinois, die loco advocaat Philippe Coenraets verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest andersluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij laat een oproep tot kandidaatstelling voor de “inhuurneming middels erfpachtovereenkomst of de aankoop van de Prins Boudewijnkazerne, Daillyplein te Schaarbeek” verschijnen in het Bulletin der Aanbestedingen van 15 november 2002.

3.2. Het bestek verduidelijkt dat het gaat om een offerteaanvraag, die tot doel heeft “een kandidaat, hierna ‘promotor’ genoemd, te zoeken die in staat is het hierna beschreven vastgoedcomplex een nieuwe bestemming (in de zin van renovatie en hergebruik) te geven”. De offerte moet een voorstel bevatten dat voorziet in één van de volgende modaliteiten:

- “1) Inhuurneming van het goed via erfpachtovereenkomst, overeenkomstig de Ordonnantie van de Brusselse Hoofdstedelijke Raad van 13 april 1995 houdende de Organisatie van de sector van de middelgrote woningen in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest (Staatsblad van 7 juli 1995).
[...]
- 2) Verwerving van het goed via de aankoop, met verbintenis tot naleving van de hierna beschreven verplichtingen betreffende het bezettingsprogramma van het goed”.

Voorts bepaalt het bestek wat de doelstellingen van de opdracht betreft dat “de bestemming van het gebouw dient te worden geoptimaliseerd”, dit door “de beschikbare ruimtes van dit gebouw te valoriseren, en voordeel te trekken uit de indeling van zijn architectuur en zijn ligging, terwijl er een programma wordt voorgesteld dat de kwaliteiten van het gebouw in de verf zet”. De kandidaat-promotor dient zich hiertoe onder meer te verbinden tot “het uitvoeren op zijn kosten van alle werken betreffende de herbestemming van het [gebouw]”.

Indien de kandidaat-promotor zijn verbintenissen niet naleeft of in geval van vertraging in de naleving ervan kan onder meer een door hem te stellen bankwaarborg worden aangesproken.

Artikel 9 van het bestek betreft deze bankwaarborg:

“Om de B.G.H.M. te waarborgen dat diens verplichtingen tot een goed einde zullen worden gebracht, zal de promotor, vóór de ondertekening van de erfpachtovereenkomst of de verkoopakte, bij een bank een bankwaarborg van 744.000 euro ten gunste van de B.G.H.M. moeten hebben samengesteld”.

Artikel 13 somt de bij de offerte te voegen documenten op. Deze omvatten onder meer “de in artikel 9 van onderhavig bestek bepaalde bankwaarborgverbintenis”.

De selectiecriteria worden omschreven in artikel 14 van het bestek. Deze bepaling luidt onder meer:

“Na uitsluiting van de kandidaten die de vereiste financiële waarborgen niet konden voorleggen, zoals vermeld in artikel 13 van onderhavig bestek, of die een onvolledig dossier ingediend hebben, zal overgegaan worden tot de studie van de voorstellen volgens de volgende criteria: [...]”.

De uiterste datum voor de ontvangst van de offertes wordt bepaald op 14 maart 2003.

3.3. De inschrijvingen worden geopend op 18 maart 2003. Er blijken acht offertes te zijn ingediend. In elke offerte wordt de aankoop van het goed door de promotor voorgesteld. De tussenkomende partij blijkt met 2.050.000 euro het hoogste bod op het goed te hebben uitgebracht. Het tweede hoogste bod, aan 1.750.000 euro, gaat uit van de verzoekende partij.

Op het proces-verbaal van de openingszitting wordt door één van de kandidaten een uitdrukkelijk voorbehoud gemaakt wat betreft de geldigheid van de offerte van de tussenkomende partij, gelet op het ontbreken van de bankwaarborgverbintenis in deze offerte (“pour Dailly Invest toutes reserves sont émises quant à la validité de l’offre de la société Memco compte tenu de l’absence de garantie bancaire dans le dossier d’offre”).

In een proces-verbaal van het eerste oppervlakkig onderzoek van de offertes (“procès-verbal du premier examen sommaire des offres”) van diezelfde dag wordt ook door de verwerende partij zelf vastgesteld dat de bankwaarborgverbintenis ontbreekt in de offerte van de tussenkomende partij.

3.4. Op 21 maart 2003 richt de verwerende partij een schrijven aan vijf kandidaten in wier offertes bepaalde documenten ontbreken. Er wordt hen gevraagd om uiterlijk op 2 april 2003 de ontbrekende stukken te bezorgen bij aangetekend schrijven. Aan de tussenkomende partij wordt onder meer gevraagd om de ontbrekende bankwaarborgverbintenis toe te zenden.

3.5. Met een brief van 2 april 2003 bezorgt de tussenkomende partij een aantal documenten aan de verwerende partij, onder meer een “lettre d’engagement” uitgaande van de Belgolaise Bank en gedateerd op 1 april 2003.

3.6. Op 22 april 2003 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij om de tussenkomende partij “aan te wijzen als winnaar van de oproep tot kandidaatstelling voor de verwerving van het gebouw aan het Daillyplein [...], voor de prijs van 2.050.000 euro zonder kosten”. De offerte van deze kandidaat verkrijgt 99,98 punten. De offerte van de verzoekende partij wordt met 91,32 punten als tweede gerangschikt. Dit is de thans bestreden beslissing.

3.7. Met een aangetekend schrijven van 30 april 2003 wordt de verzoekende partij op de hoogte gebracht van deze beslissing.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De verwerende partij werpt twee ontvankelijkheidsexcepties op in haar memorie van antwoord.

In het auditorsverslag wordt vastgesteld dat beide excepties feitelijke grondslag missen en aldus dienen te worden verworpen. De verwerende partij heeft geen laatste memorie ingediend. Zij mag dan ook worden geacht niet langer aan te dringen op de excepties.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van “artikel 9 van de wet van 24 december 1993; [...] artikel 22 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996; [...] artikel 110, §§ 1 en 2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, [...] de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, m.n. het gelijkheidsbeginsel, [...] de rechtsregel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’”.

Dit middel wordt aangebracht in twee onderdelen. Hierna komt enkel het tweede onderdeel aan bod.

6.1. In het tweede onderdeel van het eerste middel is de schending van het *patere legem quam ipse fecisti* beginsel en het gelijkheidsbeginsel aan de orde, alsook van de artikelen 89 en 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

De verzoekende partij verwijst daartoe in de eerste plaats naar de artikelen 9, 13 en 14 van het bestek, volgens dewelke de kandidaat-promotor “vóór de ondertekening van de erfpachtovereenkomst of de verkoopakte, bij een bank een bankwaarborg van 744.000 euro ten gunste van de B.G.H.M. [zal] moeten hebben samengesteld” (artikel 9), de kandidaat-promotor bij zijn offerte een bankwaarborgverbintenis moet voegen (artikel 13) en de kandidaten die de vereiste financiële waarborgen niet kunnen voorleggen zullen worden uitgesloten van de verdere selectie (artikel 14).

De verzoekende partij wijst er op dat op de openingszitting van 18 maart 2003 bleek dat de tussenkomende partij geen bankwaarborgverbintenis bij haar offerte had gevoegd. Hierover werd op het proces-verbaal van de opening van de offertes een uitdrukkelijk voorbehoud gemaakt.

De verwerende partij heeft nadien toegelaten dat de tussenkomende partij alsnog de ontbrekende verbintenis bij haar offerte voegde.

Volgens de verzoekende partij heeft de verwerende partij hierdoor het gelijkheidsbeginsel en het “*patere legem*” beginsel geschonden, nu zij overeenkomstig de voormelde besteksbepalingen gehouden was de offerte van de tussenkomende partij als onregelmatig te beschouwen en deze offerte uit het verdere verloop van de procedure diende te weren.

Het gelijkheidsbeginsel is volgens de verzoekende partij geschonden doordat de tussenkomende partij na de opening van de inschrijvingen en de afroeping van de prijzen zekerheid had dat haar offerte als meest voordelige zou worden aangemerkt. De tussenkomende partij kon “ongetwijfeld” dankzij deze informatie een financiële instelling overtuigen om haar alsnog de vereiste bankwaarborgverbintenis te verlenen. Dit staat in contrast met de offerte van de verzoekende partij, van wie het naar eigen zeggen “vaststaat dat zij over de nodige financiële geloofwaardigheid beschikt om van een kredietinstelling een verbintenis tot bankwaarborg te verkrijgen”. Volgens de verzoekende partij heeft de verwerende partij door toe te laten dat de tussenkomende partij na de opening van de inschrijvingen alsnog de verbintenis bij haar offerte voegde de “beoordeling en vergelijking van de offertes in het gedrang gebracht”, vermits “nooit uitsluitsel zal kunnen bekomen worden over de vraag of twee ‘vergelijkbare’ offertes met elkaar werden vergeleken dan wel in werkelijkheid ‘appelen met peren’ werden vergeleken”.

Ten slotte voert de verzoekende partij nog aan dat de verwerende partij door aldus te handelen ook artikel 110, § 2, van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 heeft miskend. Overeenkomstig dit artikel dient een offerte die afwijkt van essentiële besteksbepalingen als substantieel onregelmatig te worden beschouwd en de aanbestedende overheid mag er verder geen rekening mee houden. Volgens de verzoekende partij vormt het bijvoegen van de gevraagde bankwaarborgverbintenis, hoewel zulks “niet *expressis verbis* opgenomen is in artikel 98 van het koninklijk besluit”, toch een “essentiële voorwaarde die de aanbestedende overheid dient toe te laten de financiële geschiktheid van de kandidaten te beoordelen”. Bovendien brengt het ontbreken van de bankwaarborgverbintenis de werkelijke en objectieve vergelijking van de offertes in het gedrang. De verzoekende partij besluit dan ook dat de verwerende partij de offerte van de tussenkomende partij als substantieel onregelmatig diende te beschouwen en bijgevolg deze offerte uit het verdere verloop van de procedure had moeten weren.

7. De verwerende partij wijst op de door artikel 115, zesde lid, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 -voorzover het al van toepassing zou zijn nu de opdracht niet onderworpen is aan de van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten-, geboden mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om in contact te treden met de kandidaten indien zij hun offerte moeten aanvullen of preciseren.

Voorts voert de verwerende partij aan, verwijzend naar artikel 110, § 2, van ditzelfde koninklijk besluit, dat de bankwaarborg “geen substantieel element van de offerte” uitmaakt, “dat onregelmatigheden die niet substantieel zijn *a posteriori* in orde gebracht kunnen worden” en dat zij dus mocht beslissen “de offerte van Memco te weerhouden, en dit ondanks het ontbreken, in haar offerte, van een engagement om een bankwaarborg voor te leggen”. Zij wijst er op dat de bankwaarborg “helemaal niet nodig [was] om de offertes te kunnen vergelijken” en dat de puntentoekenning niet wordt beïnvloed door het al dan niet voorleggen van de vereiste bankwaarborgverbintenis. Ten slotte stelt zij nog dat artikel 14 van het bestek niet uitsluit dat het bestuur de verschillende kandidaten de kans geeft om hun offertes te regulariseren.

8. De tussenkomende partij voert in de eerste plaats aan dat het te dezen niet om een promotieopdracht gaat zodat er geen schending van de overheidsopdrachtenreglementering kan zijn.

Voorts, wat artikel 14 van het bestek betreft, merkt zij op dat de aanbestedende overheid het *patere legem* beginsel niet schendt wanneer zij, indien zij afwijkt van een regel die zij zelf had vastgesteld, “op strikte wijze de gelijkheid tussen de bestemmingen van die regel respecteert”. Te dezen heeft de verwerende partij beslist om alle kandidaten die een onvolledige offerte hadden ingediend aan te schrijven en ze de kans te bieden om hun offertes aan te vullen, ten einde zoveel mogelijk aanbiedingen te kunnen vergelijken. Volgens de tussenkomende partij heeft de verwerende partij aldus “gehandeld in overeenstemming met het algemeen belang en het gelijkheidsbeginsel”.

9. In haar memorie van wederantwoord doet de verzoekende partij gelden dat de verplichting om een bankwaarborgverbintenis voor te leggen vanuit een dubbele invalshoek als een essentiële besteksbepaling dient te worden

beschouwd: enerzijds dient deze verplichting om de financiële draagkracht van de kandidaat-promotor te bevestigen, anderzijds brengt het ontbreken van de bankwaarborgverbintenis de werkelijke en objectieve vergelijking van de offertes in het gedrang.

10. In haar laatste memorie wijst de verzoekende partij er op dat “de inschrijvers principieel verplicht waren om de in artikel 13 van het bestek bedoelde verbintenis tot bankwaarborg bij hun offerte te voegen en er dienaangaande geenszins vrijheid in hoofde van de inschrijvers bestond om deze verbintenis alsnog op een later tijdstip, na de opening van de offertes, over te maken”. De offerte van de tussenkomende partij diende volgens de verzoekende partij dan ook “om volgende tweeledige reden als substantieel onregelmatig te worden aangemerkt”:

- “* Vooreerst, bepaalde artikel 14 van het bestek zelf uitdrukkelijk de sanctie van uitsluiting van de offerte, indien de verbintenis tot bankwaarborg niet werd overlegd: ‘Na uitsluiting van de kandidaten die niet de in artikel 13 van onderhavig lastenboek vereiste waarborgen konden voorleggen’;
- * Bovendien, verkreeg tussenkomende partij de mogelijkheid om, op een ogenblik dat zij wist dat haar offerte de meest voordelige was, alsnog een financiële instelling te overtuigen de noodzakelijke verbintenis tot bankwaarborg te verlenen, waar tussenkomende partij voorafgaandelijk niet een dergelijke verbintenis bekwam, hetgeen kennelijk een schending van de gelijke behandeling der inschrijvers uitmaakt”.

Beoordeling van het tweede onderdeel

11.1. De verzoekende partij acht onder meer artikel 14 van het bestek en het gelijkheidsbeginsel geschonden doordat de tussenkomende partij de kans werd geboden om na de opening van de offertes alsnog een bankwaarborgverbintenis voor te leggen.

11.2. Artikel 14 van het bestek bepaalt dat de offertes van de kandidaten die de vereiste financiële waarborgen -waaronder de kwestieuze bankwaarborgverbintenis- niet kunnen voorleggen, worden uitgesloten uit het verdere verloop van de procedure. De vraag die thans rijst, is te weten of de verwerende partij gerechtigd was, nadat vastgesteld was dat de offerte van de tussenkomende partij geen bankwaarborgverbintenis bevatte, de tussenkomende partij toe te laten alsnog deze verbintenis aan haar offerte toe te voegen.

11.3. In het begeleidend schrijven bij haar offerte verklaart de tussenkomende partij dat zij om evidente redenen van timing (“pour des raisons évidentes de timing”) niet kan voldoen aan de besteksbepaling die het voorleggen van een bankwaarborgverbintenis van 744.000 euro ten voordele van de verwerende partij vereist.

Uit dit schrijven blijkt dat het niet-bijvoegen van de bankwaarborgverbintenis het gevolg is van de onmogelijkheid in hoofde van de tussenkomende partij om tijdig een bankwaarborgverbintenis van een financiële instelling te verkrijgen en dat het dus niet een loutere vergetelheid betreft. Er dient op gewezen dat de tussenkomende partij overigens in het ongewisse laat wat juist de “evidente redenen van timing” zijn waar zij zich op beroept.

Van de acht inschrijvers waren er twee, tussenkomende partij en de firma North Management International SA, die de gevraagde bankwaarborgverbintenis niet hadden ingediend bij hun offerte.

De tussenkomende partij heeft met een brief van 2 april 2003 de vereiste bankwaarborgverbintenis aan de verwerende partij overgemaakt.

11.4. De verwerende partij was er aldus van op de hoogte dat de tussenkomende partij niet tijdig de vereiste bankwaarborgverbintenis had kunnen krijgen. Doordat zij de tussenkomende partij desondanks heeft toegelaten om alsnog een bankwaarborgverbintenis bij haar offerte te voegen, die pas werd verleend op 1 april 2003, dus bijna twee weken ná de opening van de offertes op 18 maart 2003, heeft de verwerende partij de gelijkheid tussen de inschrijvers miskend.

De tussenkomende partij heeft hierdoor immers de gelegenheid gehad om na de opening van de offertes met financiële instellingen te onderhandelen over het verlenen van deze waarborg. Zoals de verzoekende partij terecht aanvoert, kon de tussenkomende partij deze onderhandelingen voeren vanuit een betere onderhandelingspositie dan de andere kandidaten. Deze laatsten hebben immers hun bankwaarborgen moeten verkrijgen vóór de opening van de offertes, zonder kennis te hebben van de al dan niet gunstige positie van hun offerte ten aanzien van de andere ingediende offertes, en dus zonder een inschatting te kunnen maken van de kans op het daadwerkelijk verwerven van de opdracht. De tussenkomende partij kon daarentegen wel een inschatting maken van de kans dat de opdracht aan haar zou

worden toegewezen, welke kans minstens substantieel was te noemen, gelet op het feit dat zij het hoogste bod had uitgebracht voor de aankoop van het gebouw.

De verwerende partij heeft dan ook met miskenning van het gelijkheidsbeginsel aan de tussenkomende partij gevraagd om de ontbrekende bankwaarborgverbintenis alsnog voor te leggen.

Deze schending van het gelijkheidsbeginsel heeft tot gevolg dat de verwerende partij met toepassing van artikel 14 van het bestek ertoe gehouden was de offerte van de tussenkomende partij uit te sluiten.

11.5. Het tweede onderdeel van het eerste middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de raad van bestuur van de Brusselse Gewestelijke Huisvestingsmaatschappij van 22 april 2003 om de nv Memco “aan te wijzen als winnaar van de oproep tot kandidaatstelling voor de verwerving van het gebouw aan het Daillyplein”.

**2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.
De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 december 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest