

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 211.776 van 3 maart 2011
in de zaak A. 161.995/XII-4441**

In zake: NV DE CONINCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Stijns
kantoor houdend te 3001 Leuven,
Ubicenter, Philipssite 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

SINT-PIETERS-WOLUWE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Thiel en Virginie Dor
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpssteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 25 april 2005, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 13 december 2004 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Pieters-Woluwe “waarbij [haar] inschrijving [...] voor de algemene offerteaanvraag met [E]uropese publiciteit ‘Dossier Olieslagers’ niet werd weerhouden” en de opdracht werd toegewezen aan “Tijdelijke Vereniging Socatra/Louis De Waele/S.D.S./Punt Vastgoed België”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 147.383 van 7 juli 2005 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.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 januari 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tessa Cornelissen, die loco advocaat Jan Stijns verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Virginie Dor, die loco advocaat Patrick Thiel verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend 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 gemeente Sint-Pieters-Woluwe schrijft een algemene offerteaanvraag met Europese bekendmaking uit voor het zogenaamde “Project Olieslagers”.

Blijkens het toepasselijke bestek gaat het om een overheidsopdracht door middel van een promotieovereenkomst; het betreft de

realisatie van collectieve voorzieningen (kinderdagverblijf, wegennet en groene ruimte) en eengezinswoningen toebehorend aan de gemeente enerzijds, en, één of meerdere appartementsgebouwen die ten gunste van de promotor kunnen worden verkocht op een tot het privaat domein van de gemeente behorend terrein anderzijds.

Het is “de bedoeling [...] dat de waarde van het terrein dat dient als kavel voor het bouwen van het appartementsgebouw of appartementsgebouwen strekt tot financiering van de voor de Gemeente op te richten werken. De promotor bedenkt, voert uit en financiert de werken die aan de gemeente toekomen (zoals eveneens het (de) appartementsgebouw(en)), met dien verstande dat de aanbestedende overheid geen aanspraak zal maken op de prijs van de overdracht van het terrein bij de verkoop van de appartementsgebouwen die de promotor te zijne gunste doet. De betaling van de prijs van de aan de Gemeente toekomende werken zal aldus verricht worden doordat de Gemeente in het voordeel van de promotor afstand doet van haar recht op de verkoopprijs van het terrein dat dient als kavel voor de appartementen”. De hele operatie wordt uitgevoerd in het kader van de overheidsopdrachtenwetgeving “omdat de Gemeente in overeenstemming met artikel 9 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten een operatie wil doorvoeren die tegelijkertijd de financiering, de conceptie en de realisatie van werken die gedeeltelijk haar toekomen (kinderdagverblijf, huizen, wegennet en groene ruimte) behelzen”.

Het gaat aldus om de conceptie, realisatie en financiering van de in artikel 4 van het bestek opgesomde gebouwen op een gemeentelijk terrein volgens de in het bestek gestelde voorwaarden en modaliteiten, namelijk:

- “1° de architecturale conceptie en oprichting van één of meer appartementsgebouwen die de promotor in zijn voordeel zal verkopen;
- 2° de architecturale conceptie en het oprichten van twintig eengezinswoningen die aan de gemeente toekomen;
- 3° de architecturale conceptie en het opbouwen van een kinderdagverblijf dat aan de gemeente toekomt;
- 4° de conceptie en de volledige inrichting van het wegennet en de groene ruimte die aan de gemeente toekomen”.

De vier gunningscriteria zijn de volgende :

“1. De kwaliteit van de op te richten gebouwen: appartementsgebouw(en), kinderdagverblijf en huizen : 40 punten.

- de integratie van de gebouwen in de stadsomgeving;
- het concept en de stedenbouwkundige visie van de gebouwen in het geheel van het project;
- het architecturaal concept van de constructies;
- kwalitatieve en esthetische kenmerken van de materialen en de afwerking.

2. De opleg : 30 punten.

De offerte wordt gewaardeerd al naargelang de opleg een betaling impliceert, neutraal is of een winst voor de gemeente oplevert. De offerte wordt eveneens gewaardeerd volgens de belangrijkheid van deze bedragen.

Voor de vergelijking van de offertes wordt er enkel rekening gehouden met de opleg die overeenstemt met de realisatie van het project in functie van de drempel begrepen tussen negenduizend tweehonderd en negenduizend zeshonderd vierkante meter toegelaten brutovloeroppervlakte zoals bepaald in artikel 13.

3. Het wegnnet en de groene ruimte : 20 punten.

De conceptie en de integratie van de kavel van het wegnnet en de ruimte in het geheel van het project.

4. De planning voor de uitvoering van het project : 10 punten”.

De opleg is de prijs van de operatie en wordt berekend in functie van de waarde van het door de gemeente aan de promotor ter beschikking gestelde terrein voor het bouwen van de appartementen enerzijds en van de kostprijs van de voor de gemeente te bouwen gebouwen anderzijds. De waarde van het als kavel voor het/de te bouwen appartementsgebouw(en) dienende terrein vormt de vergoeding van de promotor. Ofwel dekt de door de promotor geschatte waarde van de grondaandelen, de oprichtingskosten van de constructies voor de gemeente ofwel bedraagt deze waarde meer of minder dan die kosten. Deze variabele is de opleg. Als de waarde hoger is, geeft de promotor in zijn offerte het bedrag van de opleg aan die de promotor aan de gemeente zal betalen; als de waarde lager is, geeft hij het bedrag aan van de opleg die de gemeente aan de promotor zal betalen.

Hoofdstuk VI van het bestek handelt over de kwalitatieve selectie. In artikel 32 wordt gesteld dat, “in toepassing van de artikelen 16 tot 22

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 [wordt] uitgevoerd op basis van de persoonlijke toestand van elke inschrijver en van de inlichtingen en gevraagde documenten om de financiële, economische en technische eisen te evalueren”. Onder het woord “uitsluitingscriteria” volgt vervolgens een “Sectie 1 - Algemene beoordeling” (artikel 33), een “Sectie 2 Economische schatting” (artikel 34) en een “Sectie 3 Technische bekwaamheid” (artikel 35).

Artikel 34 luidt:

“De inschrijver voegt bij zijn offerte :

- ° De balans en de jaarrekening van de vennootschap van de drie laatste jaren;

- ° Een verklaring betreffende de omzet van de drie laatste jaren in een gelijkwaardig domein als dit van de huidige opdracht; De huidige opdracht kan niet de helft van het jaarlijks resultaat van de promotor overschrijden in de loop van de drie laatste jaren”.

In hoofdstuk VII van het bestek met als titel “De offerte” bepaalt artikel 38 de inhoud van de offerte als volgt :

“De offerte wordt opgesteld volgens het als bijlage gevoegde inschrijvingsformulier.

De inschrijver moet de volgende documenten bijvoegen:

[...]

- ° Een duidelijke en volledige uitleg van de berekening van de opleg overeenkomstig artikel 10 en volgende van onderhavig bestek.”

Artikel 63 van het bestek, dat deel uitmaakt van hoofdstuk X “De andere voorwaarden voor de uitvoering”, bepaalt :

“De aannemer voegt bij zijn offerte verplicht een financieel plan dat zijn financiële bekwaamheid tot het ontwikkelen van de totaliteit van de overheidsopdracht aantoont”.

Ten slotte verwijst hoofdstuk XVI “formulier voor de neerlegging van de offerte”, “Sectie 3 Offerte” naar een onder een als afzonderlijk punt (d) vermeld “financieringsplan”; sectie 2 betreft de kwalitatieve selectie en bij te voegen documenten; onder “financiële capaciteit” wordt daarbij verwezen naar “de resultatenrekeningen en balansen van de drie laatste jaren” en “de gemiddelde jaarlijkse omzet”.

3.2. De aankondiging van deze opdracht wordt op 30 juni 2004 bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen en op 9 juli 2004 in het Bulletin der Aanbestedingen.

Deze aankondigingen vermelden, onder de minimale voorwaarden en verwijzend naar de artikelen 32 - 35 van het bestek, een aantal documenten die de kandidaten, om zich te kwalificeren, “op straffe van uitsluiting” moeten bezorgen in het kader van de “Algemene beoordeling”, “Economische schatting” en “Technische bekwaamheid”, met grotendeels dezelfde tekst als in de corresponderende artikelen 33, 34 en 35.

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 6 september 2004. Negen kandidaten dienen een offerte in waaronder de verzoekende partij en de “Tijdelijke Vereniging Socatra/Louis De Waele/ S.D.S/Punt Vastgoed België”.

3.4. Op 13 december 2004 beslist het college van burgemeester en schepenen alle kandidaturen behalve deze van de “Tijdelijke Vereniging Socatra/Louis De Waele/S.D.S/Punt Vastgoed België” “af te wijzen” en de opdracht toe te wijzen aan deze tijdelijke handelsvennootschap.

Voor verzoekende partij wordt daarbij als volgt gemotiveerd :

“Overwegende dat de N.V. DE CONINCK m.b.t. de economische beoordeling niet voldoet aan de criteria van artikel 34 van het bestek, volgens hetwelk de opdracht niet de helft van het zakencijfer van de promotor in de loop van de laatste drie jaren mag overschrijden; dat voor het overige blijkt dat zij evenmin een financieel plan heeft bijgevoegd, zoals vereist door artikel 63 van het bestek”.

Op te merken valt dat in het kader van de beoordeling van de offerte van een andere inschrijver, nv Bouygues Immobilier Belgium, er eveneens werd vastgesteld dat deze geen financieel plan had bijgevoegd. In op eigen initiatief van deze inschrijver verzonden faxberichten wees deze erop dat het gebrek aan financieel plan geen substantiële onregelmatigheid is, omdat hierin niet wordt voorgeschreven door artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en omdat het bestek niet duidelijk zou hebben vermeld dat het plan verplicht gevoegd had moeten worden op straffe van nietigheid van de offerte, alsook op de verplichting die de aanbestedende overheid zou hebben om hem te ondervragen om hem toe te laten zijn offerte te verbeteren. In de beslissing van 13 december 2004 antwoordt verwerende partij hierop:

“ Overwegende dat vooreerst in tegenstelling tot wat in deze briefwisseling gesteld wordt, er niets werd afgesproken tussen de inschrijver en de aanbestedende overheid en nog minder het door hem overleggen van faxberichten;

Overwegende dat de aanbestedende overheid geen verplichting heeft de kandidaten te ondervragen om hen toe te laten de door hen begane vergissingen gemaakt op het ogenblik van het indienen van hun offerte te verbeteren; dat zij wel de verplichting heeft alle kandidaten gelijk te behandelen;

Overwegende dat de inschrijver er zich van bewust is dat de beweerde ‘sterkmaking’ die door haar moederbedrijf wordt voorgelegd geen waarborg biedt voor de aanbestedende overheid nu hij zelf de term ‘waarborg’ tussen aanhalingstekens vermeldt in zijn faxbericht van 03.12.2004 en dat hij uit voorzorg schrijft dat ‘dit document de aanbestedende overheid zou moeten waarborgen dat de inschrijver beschikt over een voldoende financiële capaciteit om het geheel van het project te ontwikkelen’ (vrije vertaling); dat het gebruik van de voorwaardelijke wijs goed aantoont dat de inschrijver zich gerealiseerd heeft dat dit document geen sterkmaking is van het moederbedrijf; dat de voorgestelde clause van ‘sterkmaking’ zoals geformuleerd door BOUYGUES FRANCE de aanbestedende overheid niet tot waarborg strekt;

Overwegende dat het financieel plan, zoals vereist in artikel 63 van het bestek, werd gevraagd in het kader van de voorwaarden tot uitvoering van de opdracht, zoals aangegeven in het hoofdstuk waarin het werd ingevoerd, te weten ‘Hoofdstuk X - De andere voorwaarden van de opdracht’; dat in het kader van een promotieovereenkomst, d.w.z. een overheidsopdracht waarbij de inschrijver gelijktijdig instaat voor het optrekken van de werken enerzijds, en zijn prefinanciering anderzijds, het financieel plan van de operatie de aanbestedende overheid moet toelaten te beoordelen hoe de inschrijver deze twee aspecten in aanmerking heeft genomen, dat het financieel plan de aanbestedende overheid onder andere

moet toelaten de pertinentie van de voorgestelde opleg te beoordelen; dat dit de reden is waarom deze vereiste niet werd ingevoerd in het stadium van de kwalitatieve selectie maar wel bij de uitvoeringsvoorwaarde van de opdracht, opdat de inschrijver zich niet kon vergissen over de draagwijdte ervan;

Overwegende dat het gebrek aan financieel plan een substantiële onregelmatigheid uitmaakt, dat het in dit opzicht er niet toe doet dat dit plan niet uitdrukkelijk wordt gevisieerd in artikel 89 van het koninklijk besluit van 08.01.1996, dat het bestek - in tegenstelling tot de bewering van de inschrijver - expliciet heeft voorzien dat het neerleggen van het financieel plan verplicht bij de offerte diende gevoegd te worden (cfr. art. 63 van het bestek)".

3.5. Met een brief van 4 januari 2005 deelt de gemeente deze beslissing, in het kader van het algemeen toezicht, mee aan het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest.

Met een brief van 15 februari 2005 wordt namens de bevoegde minister geantwoord dat deze beslissing uitvoerbaar is geworden door het verstrijken van de termijn.

3.6. Met een aangetekende brief van 23 februari 2005 deelt de gemeente aan verzoekende partij mee dat haar offerte niet werd uitgekozen. Er wordt vermeld dat zij, overeenkomstig artikel 25 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, de motieven van deze beslissing kan opvragen. Tevens wordt vermeld dat tegen deze beslissing binnen 60 dagen een beroep kan worden ingesteld bij de Raad van State.

Verwijzend naar deze brief "dat onze offerte niet werd weerhouden" antwoordt verzoekende partij, in een brief van 1 maart 2005, dat het "ons vreemd [lijkt] waarom u in gebreke blijft om ons onmiddellijk de motieven voor het afwijzen van onze offerte te laten kennen die conform artikel 21*bis* van de wet van 24/12/1993 met betrekking tot de openbare aanbestedingen met Europese publiciteit verplichtend in het instrumentum zelf van uw bovenvermelde aangetekende zending dienden te worden vermeld. Niettegenstaande wij van mening zijn dat het bovenvermeld artikel 21*bis* van toepassing is op huidige algemene offerteaanvraag met Europese publiciteit".

Tegelijk vraagt zij overeenkomstig artikel 25 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 de motieven van de beslissing tot afwijzing van haar offerte binnen 15 dagen na “verzending” van haar brief mee te delen, en deelt zij mee te veronderstellen dat de gemeente geen toepassing maakt van de in artikel 21*bis* van de wet van 24 december 1993 voorziene stand-still clause, artikel dat nochtans van toepassing is en vraagt zij naar de beweegredenen voor die houding. Zij meent dat de toepassing van de stand-still procedure veel onduidelijkheden had kunnen oplossen.

Met een aangetekende brief van 11 maart 2005 antwoordt de gemeente onder meer als volgt :

“ Hieronder kunt U de formele en materiële motieven weervinden die ons helaas hebben gedwongen uw offerte niet te weerhouden.

Wij hebben inderdaad vastgesteld dat uw vennootschap met betrekking tot de economische beoordeling niet voldoet aan de criteria van artikel 34 van het bijzonder lastenboek, volgens dewelke de opdracht niet de helft van het zakencijfer van de promotor in de loop van de laatste 3 jaar mag overschrijden.

Vervolgens blijkt eveneens dat uw vennootschap heeft nagelaten een financieel plan bij de offerte te voegen zoals vereist door artikel 63 van het bijzonder lastenboek.

Gelieve eveneens te noteren dat artikel 21*bis* van de wet van 24.12.1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten zoals ingevoegd door artikel 302 van de Programmawet van 9 juli 2004 op deze opdracht niet van toepassing is, daar artikel 317, lid 2, van die Programmawet, stelt dat de opdrachten gepubliceerd vóór 15 juli 2004 niet onderworpen zijn aan het nieuwe artikel 21*bis*”.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. In haar memorie van antwoord voert verwerende partij een exceptie van gebrek aan belang in hoofde van verzoekende partij aan.

Zij stelt dat de offerte van verzoekende partij sowieso substantieel onregelmatig is zoals blijkt uit haar antwoord op het tweede middel. Verzoekende partij kan dan ook in geen geval de opdracht toegewezen krijgen.

Beoordeling

5. In het auditoraatsverslag wordt opgemerkt dat de exceptie dient te worden verworpen.

Verwerende partij heeft geen laatste memorie ingediend zodat zij de conclusie in het auditoraatsverslag niet betwist.

De Raad van State ziet geen reden om de conclusie van het auditoraatsverslag niet bij te vallen en verwerpt de exceptie.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een eerste middel voert verzoekende partij de schending aan van “artikel 25 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, juncto de materiële motiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur”.

In een eerste onderdeel wordt aangevoerd dat artikel 25 geschonden is omdat aan verzoekende partij niet onverwijld, maar pas bij schrijven van 23 februari 2005, werd meegedeeld dat haar offerte niet “weerhouden” was, dit is 2,5 maanden nadat de beslissing van 13 december 2004 door verwerende partij was genomen. Er wordt hiervoor geen reden opgegeven.

In een tweede onderdeel wordt, met verwijzing naar de vereiste afdoende motivering, aangevoerd dat de mededeling van 23 februari 2005 geen enkele motivering bevat en dit ondanks de verplichting elke eenzijdige overheidsbeslissing afdoende te motiveren, dat geen kopie werd meegedeeld van de beslissing en dat ook de uiteindelijk in de brief van 11 maart 2005 opgegeven motieven evenmin de bestreden beslissing dragen en voorts verkeerd zijn.

Volkomen onterecht wordt volgens verzoekende partij gesteld dat zij niet voldoet aan de criteria van artikel 34 van het bestek en nagelaten heeft een financieel plan bij de offerte te voegen overeenkomstig artikel 63 van het bestek; zij voegde immers alle documenten en stukken toe zoals vereist door het bestek, in het bijzonder deze vereist door artikel 34 van “Hoofdstuk VI Kwalitatieve Selectie”, meer bepaald de balans en de jaarrekeningen van de vennootschap van de laatste drie jaren en een verklaring betreffende de omzet van de drie laatste jaren in een gelijkwaardig domein als dit van de opdracht. Artikel 63 - niet opgenomen onder “Hoofdstuk VI Kwalitatieve Selectie - vereist weliswaar dat een financieel plan bij de offerte wordt gevoegd, doch zonder enige specificatie, en “verzoekende partij kon er van uit gaan dat de documenten zoals bij de Kwalitatieve Selectie-criteria vereist voor de economische schatting, konden volstaan en voldoen als financieel plan”.

Verwerende partij kon “onmogelijk overgaan tot een regelmatige toetsing van de kwalitatieve selectiecriteria uit de meegedeelde cijfers in uitvoering van artikel 63 van het lastenboek”. Voor de inhoudelijke aspecten wordt verder verwezen naar het tweede middel.

7. In haar memorie van wederantwoord benadrukt verzoekende partij inzake het eerste onderdeel dat de bestreden beslissing reeds op 13 december 2004 werd genomen maar pas op 4 januari 2005 aan de toezichthoudende overheid werd meegedeeld, dus buiten de in artikel 6, § 2, van de ordonnantie van 14 mei 1998 houdende regeling van het administratief toezicht op de gemeenten van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest *juncto* artikel 1, 9°, van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 16 juli 1998 betreffende de overlegging aan de Regering van de akten van de gemeente-overheden met het oog op de uitoefening van het administratief toezicht voorziene termijn van 20 dagen. Verwijzend naar rechtsleer stelt zij verder dat het aan goedkeuring onderworpen besluit principieel geldig is maar niet vatbaar voor uitvoering zolang het niet is goedgekeurd, en dat het ophoudt te bestaan wanneer het niet goedgekeurd wordt terwijl de goedkeuring terugwerkt tot op de datum van het goedgekeurde besluit, zodat niets verwerende partij belette om de beslissing van 13 december 2004 ter kennis te brengen aan verzoekende partij.

In het tweede onderdeel wijst zij op het doel van de formele motiveringsplicht namelijk de inschrijvers toelaten de gegrondheid van de motieven van hun afwijzing te onderzoeken en de opportuniteit van een eventueel annulatieberoep tegen die beslissing te bepalen; zij geeft een omschrijving wanneer in het kader van de overheidsopdrachtenreglementering aan de formele motiveringsvereiste is voldaan, namelijk wanneer de niet geselecteerde of gekozen gegadigden of inschrijvers op grond van de motieven van de beslissingen hebben kunnen bepalen waarom de gekozen kandidatuur of offerte voordeliger is bevonden dan de kandidatuur of de offerte die zij hebben ingediend, en bijgevolg waarom hun kandidatuur of offerte is afgewezen.

Beoordeling

8. In het eerste onderdeel wordt in essentie aangevoerd dat de verwerende partij de verzoekende partij niet onverwijld op de hoogte bracht van het feit dat haar offerte niet was “weerhouden” zoals vereist door artikel 25, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Artikel 25, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, in de versie zoals van toepassing op de bestreden beslissing, luidt:

“Bij openbare aanbesteding en bij algemene offerteaanvraag worden de inschrijvers die niet geselecteerd werden of van wie de offerte als onregelmatig werd beschouwd of niet uitgekozen werd, door de aanbestedende overheid onverwijld van dit feit op de hoogte gebracht.

De aanbestedende overheid deelt binnen een termijn van vijftien dagen na ontvangst van het schriftelijk verzoek mede:

1° aan elke niet geselecteerde inschrijver, de motieven voor zijn niet-selectie;

2° aan elke inschrijver van wie de offerte als niet-regelmatig werd beschouwd, de motieven voor de verwerping;

3° aan elke inschrijver waarvan de offerte niet werd uitgekozen en aan de aannemer, de gemotiveerde toewijzingsbeslissing van de opdracht”.

Artikel 25, § 1, betreft aldus de kennisgevingsverplichting van een beslissing. Een eventuele schending van deze kennisgevingsverplichting kan

in beginsel niet tot gevolg hebben dat de bestreden beslissing zelf daardoor wordt aangetast. Verzoekende partij geeft geen argumenten om er anders over te oordelen.

Deze vaststelling volstaat om het eerste onderdeel te verwerpen.

9.1. In de mate in het tweede onderdeel verzoekende partij aanvoert dat in de brief van 25 februari 2005 de motieven niet onmiddellijk werden meegedeeld, volstaat de vaststelling dat artikel 25 dit niet vereist. Artikel 25 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreft de loutere kennisgeving van het feit dat een beslissing werd genomen.

Overeenkomstig het bepaalde in artikel 25, § 1, werden aan verzoekende partij, binnen 15 dagen na ontvangst van de vraag daartoe in een brief van 1 maart 2005, met een brief van 11 maart 2005 de motieven van de afwijzing van haar offerte meegedeeld.

9.2. In de mate in het tweede onderdeel wordt aangevoerd dat de bestreden beslissing niet werd medegedeeld, volstaat ook hier de vaststelling dat artikel 25, § 1, dit niet vereist.

9.3. In de mate verzoekende partij ook nog aanvoert dat de in de brief van 11 maart 2005 medegedeelde motieven niet volstaan om de bestreden beslissing te schragen en dat ze verkeerd zijn, betreft dit de materiële motiveringsplicht en valt het onderdeel samen met het tweede middel, waarnaar verzoekende partij trouwens zelf verwijst.

In de mate dit ook in verband wordt gebracht met de formele motiveringsplicht dient vastgesteld dat deze kritiek laattijdig is nu ze pas aangebracht werd in de memorie van wederantwoord.

10. Het eerste middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

11. In een tweede middel voert verzoekende partij de schending aan van “de artikelen 34 en 63 van de bestekbepalingen en van artikel 20§3 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken”.

Zij voert vooreerst aan dat de bestreden beslissing van 13 december 2004 beperkt is tot de kwalitatieve selectie en dus hoegenaamd niet de vergelijking ten gronde betreft volgens de in het bestek vermelde gunnings-criteria.

Vervolgens argumenteert zij dat haar offerte wel “conform de kwalitatieve selectie is”. De artikelen 32, 33 en 34 (lees: 32 tot en met 35) hebben betrekking op de kwalitatieve selectie en vermelden “3 uitsluitingscriteria, nl. de documenten en attesten die op straffe van uitsluiting bij de offerte *ab initio* gevoegd moeten worden”, dit zijn de documenten gevraagd in de algemene beoordeling, in de economische beoordeling en betreffende de technische bekwaamheid. Uit de medegedeelde motieven blijkt volgens verzoekende partij dat verwerende partij “hoegenaamd niet tot een regelmatige analyse van de kwalitatieve selectie van de offerte van verzoekster kon overgaan”. Zij stelt dat de in haar offerte meegedeelde cijfers, die conform artikel 63 onder hoofdstuk X “De andere voorwaarden voor de uitvoering” bij de offerte werden gevoegd en die bij afwezigheid van een concrete invulling of definitie in het bestek van hetgeen volgens verwerende partij een financieel plan had moeten inhouden, door haar als voldoende werden beschouwd. Verwerende partij kon op basis van die cijfers “onmogelijk tot een regelmatige toetsing van de kwalitatieve selectie voorzien door artikel 34 (economische evaluatie : ‘de huidige opdracht kan niet de helft van het jaarlijks resultaat van de promotor overschrijden in de loop van de drie laatste jaren’) van het bestek overgaan aangezien de meegedeelde cijfers geen conclusie in die zin kunnen teweeg brengen”.

Een onvolledig financieel plan kan verder, aldus verzoekende partij, conform artikel 63 van het bestek, “niet gesanctioneerd worden met een van rechtswege uitsluiting op grond van de kwalitatieve selectie aangezien artikel 63 geen uitsluitingscriterium is, zelfs geen sanctie inhoudt en niet onder de kwalitatieve selectie werd ondergebracht, aangezien deze laatste limitatief werd geregeld door de artikels 32, 33 en 34 van het bijzonder lastenboek met als opschrift ‘uitsluitingscriteria’”.

Ten slotte voert verzoekende partij aan dat een onvolledig financieel plan bij gebreke aan enige definitie in welke zin dan ook of type-formulier in het bestek geen grond kan uitmaken om tot de onregelmatigheid van de offerte te besluiten, “*a fortiori* indien artikel 63 van het bestek niet onder de kwalitatieve selectie kan worden ondergebracht”. Gelet op deze onduidelijkheid in het bestek en in aanwezigheid van een onvolledig financieel plan in de offerte van verzoekende partij, had verwerende partij toepassing moeten maken van artikel 20, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 om verzoekende partij toe te laten haar financieel plan te vervolledigen. Dan had verzoekende partij de mogelijkheid gehad aan te tonen dat haar offerte voldeed aan alle criteria zoals voorzien in het bestek.

Verzoekende partij besluit dat haar offerte bijgevolg “onrechtmatig werd uitgesloten aangezien in het licht van de kwalitatieve selectie haar offerte volledig en regelmatig was”.

12. In haar memorie van antwoord benadrukt verwerende partij dat de kandidatuur van verzoekende partij werd afgewezen om twee onafhankelijke motieven: enerzijds voldeed verzoekende partij niet aan het voorschrift van artikel 34 van het bijzonder bestek en werd zij derhalve niet geselecteerd; anderzijds heeft zij het in artikel 63 van dat bestek vereiste financieel plan niet bijgevoegd en is haar offerte derhalve onregelmatig.

Wat betreft het tweede motief antwoordt verwerende partij dat artikel 63 bepaalt dat de inschrijver verplicht bij zijn offerte een financieel plan voegt dat zijn financiële bekwaamheid tot het ontwikkelen van de totaliteit van de overheidsopdracht aantoont, en dat het hier gaat om een essentiële

bestekbepaling. In de betrokken promotieovereenkomst moeten de inschrijvers zelf de prijs van de opdracht financieren en het financieel plan “stelt de aanbestedende overheid in staat de financiële uitvoerbaarheid van de opdracht te analyseren. De aanbestedende overheid moet immers in staat zijn de financiële aspecten van de werken te kunnen analyseren. Ze moet kunnen nagaan hoe de inschrijver de voor de opdracht nodige sommen zal kunnen bundelen. Ze kan de opdracht immers niet gunnen aan een inschrijver die niet heeft aangetoond dat hij dit bedrag kan bijeen krijgen”. Een offerte die geen financieel plan bevat, is bijgevolg overeenkomstig artikel 110, § 2 *juncto* 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 onregelmatig wegens afwijking van die essentiële bestekbepaling.

De definitie van financieel plan is, ook zonder verdere omschrijving in het bestek, duidelijk, namelijk “een prospectief document waarin de inschrijver uiteenzet hoe hij van plan is de opdracht te financieren”. Nu de financiële plannen van elke inschrijver verschillend kunnen zijn (de ene kan tot een kapitaalverhoging overgaan, de andere kan een lening aangaan en nog een andere schrijft misschien obligaties uit) kon en mocht de aanbestedende overheid de inhoud van dit plan niet nader bepalen.

Na benadrukt te hebben dat dit artikel 63 het onderzoek ten gronde betreft en dat de afwezigheid van een financieel plan geen motief voor afwijzing is in het kader van de kwalitatieve selectie maar een motief voor onregelmatigverklaring van de offerte, verwijst verwerende partij ook naar “het formulier voor neerlegging van de offerte” waarin eveneens onder “Sectie 3 : Offerte, d)” staat vermeld dat de inschrijvers een financieel plan aan de aanbestedende overheid moeten overmaken.

De enige verklaring van verzoekende partij in haar offerte betreffende het “financiële plan” luidt:

“Financieringsplan toelichting

De voorstudie vindt voornamelijk plaats in 2005. Dit gebeurt via autofinanciering.

De te financieren werken starten begin 2006; er dient een financiering voorzien te worden vanaf januari 2006. Via de hierachter vermelde financiële planning wordt de externe financiële behoefte in kaart gebracht.

Als afgevaardigd bestuurder van de n.v. De Coninck, verbind ik mij er formeel toe om u binnen de twee maand na toewijzing van deze aanbesteding een bevestiging vanwege een financiële instelling (KBC en Fortis) te overhandigen waarin zij de nodige financiering voor dit project voorzien”.

Deze verklaring houdt volgens verwerende partij ongetwijfeld geen redelijk financieel plan in zoals geconcipieerd in het kader van een elementaire boekhoudkundige woordenschat en laat haar niet toe te onderzoeken of de inschrijver de kwestie van financiering wel ernstig heeft onderzocht. Het in artikel 63 vereiste financieel plan moet ook worden onderscheiden van de vereiste documenten in het kader van de kwalitatieve selectie zodat de balansen en jaarrekeningen van de inschrijver niet als financieel plan kunnen worden beschouwd; er kan ook bezwaarlijk worden voorgehouden dat deze documenten informatie zouden geven over de financiering van de opdracht.

Bij gebrek aan financieel plan kan “de aanbestedende overheid de financiële aspecten van de opdracht niet analyseren” en verwerende partij heeft dit gebrek in het licht van de voormelde vereisten dan ook voor substantieel gehouden en als motief om de offerte van verzoekende partij onregelmatig te achten. Dit gebrek moest evenmin aanleiding geven tot toepassing van artikel 20, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Krachtens deze bepaling kan de aanbestedende overheid aanvullingen of toelichtingen aan de inschrijvers vragen; er vloeit echter niet uit voort dat zij dit moet doen. De aanbestedende overheid heeft er te dezen voor geopteerd geen gebruik te maken van deze mogelijkheid en zij heeft deze bepaling ook ten aanzien van alle inschrijvers buiten toepassing gelaten zodat het beginsel van de gelijke behandeling van alle inschrijvers werd nageleefd.

13. In haar memorie van wederantwoord stelt verzoekende partij wat het tweede motief betreft, dat er wel degelijk een financieel plan bij de offerte was gevoegd, hetwelk verwerende partij trouwens zelf citeert. Op het argument dat het om een onvolledig financieel plan gaat, antwoordt zij: “Niets is

minder waar. Artikel 63 van het lastenboek geeft geen enkele omschrijving waaraan dergelijk financieel plan dient te voldoen. Bovendien bestaat er ook geen enkele standaard in de aannemingssector die bepaalt hoe zo'n financieel plan er dient uit te zien". Ten slotte wijst zij er nog eens op dat verwerende partij toepassing had moeten maken van artikel 20, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 om haar toe te laten haar financieel plan te vervolledigen, zoals "een zorgvuldig handelende overheid [dit] had [...] dienen te doen".

14. In haar laatste memorie wijst verzoekende partij erop dat het bijbrengen van een financieel plan geen essentiële voorwaarde is omdat in het bestek niet uitdrukkelijk bepaald is dat het niet bijbrengen op straffe van nietigheid of uitsluiting is voorgeschreven en artikel 63 niet behoort tot de limitatief opgesomde selectiecriteria, zijnde de uitsluitingsgronden. Voorts wijst zij erop dat slechts in de rand van de bestreden beslissing wordt vermeld dat "[d]e aanbestedende overheid [...] daarenboven op[merkt] dat de opleg op een coherent financieel plan steunt". Slechts uit de motivering van de bestreden beslissing blijkt plotsklaps dat artikel 63 een essentiële besteksbepaling is.

Beoordeling

15. In de bestreden beslissing wordt de kandidatuur van verzoekende partij afgewezen om twee motieven: enerzijds is er niet voldaan aan de kwalitatieve selectievoorwaarde in artikel 34 van het bestek, reden waarom verzoekende partij niet werd geselecteerd; anderzijds is geen financieel plan bijgevoegd zoals vereist door artikel 63 van het bestek, reden waarom, zoals blijkt uit het geheel van de bestreden beslissing, haar offerte onregelmatig wordt geacht. Beide kunnen elk afzonderlijk de afwijzing van de kandidatuur van verzoekende partij dragen. Het middel kan dan ook enkel tot nietigverklaring leiden indien beide motieven onwettig worden bevonden. Hierna wordt het middel voor zover het betrekking heeft op het tweede motief beoordeeld.

16. Volgens artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 moet een offerte die substantieel onregelmatig is, buiten beschouwing worden gelaten. De vraag is dus of verwerende partij te dezen

mocht aannemen dat artikel 63 geschonden was en dat deze schending leidde tot een substantiële onregelmatigheid.

17. Artikel 63 van het bestek bepaalt: “De aannemer voegt bij zijn offerte verplicht een financieel plan dat zijn financiële bekwaamheid tot het ontwikkelen van de totaliteit van de overheidsopdracht aantoonst”.

Uit het woord “verplicht” alleen al kan het belang afgeleid worden dat het bestek hecht aan het toevoegen van dergelijk plan. Dit geldt des te meer wanneer het gaat om een promotieovereenkomst waarin de promotor instaat voor de financiering van het project en de aanbestedende overheid er dan ook belang bij heeft te kunnen beoordelen hoe de promotor hiermee rekening houdt. In de bestreden beslissing wordt inzake dit financieel plan bij inschrijver Bouygues Immobilier Belgium, gesteld dat dit “de aanbestedende overheid moet toelaten te beoordelen hoe de inschrijver deze twee aspecten [het optrekken van de werken enerzijds en zijn prefinanciering anderzijds] in aanmerking heeft genomen” en “onder andere moet toelaten de pertinentie van de voorgestelde opleg te beoordelen”. Bij de beoordeling van de gekozen offerte wordt, in het kader van de toetsing van het gunningscriterium, ook vermeld: “De aanbestedende overheid merkt daarenboven op dat de opleg op een coherent financieel plan steunt”.

Voorts toont het feit dat het financieel plan niet uitdrukkelijk op straffe van nietigheid is voorgeschreven en dat niet uitdrukkelijk is bepaald dat het niet toevoegen van dit plan leidt tot uitsluiting van de offerte, op zich niet aan dat het bestuur dit niet redelijkerwijze als een essentiële bestekbepaling mocht beschouwen.

Evenmin houdt het ontbreken van een definitie van dit begrip of een omschrijving van de vereiste inhoud van het financieel plan in dat het toevoegen van een financieel plan niet als een essentiële bestekbepaling mag worden beschouwd. Het houdt wel in dat het bestuur, bij de beoordeling van de inhoud, rekening moet houden met wat gebruikelijk en contextueel onder een financieel plan moet worden beschouwd. In de mate dat verzoekende partij in het eerste middel aanvoert dat zij ervan kon uitgaan dat de documenten zoals in

artikel 34 vereist in het kader van de kwalitatieve selectie, economische schatting, meer bepaald de balans en de jaarrekeningen van de drie laatste jaren en een verklaring betreffende de omzet van de drie laatste jaren in een gelijkwaardig domein als de huidige opdracht, konden volstaan en voldoen als financieel plan, geeft zij niet alleen aan dit begrip een inhoud die niet beantwoordt aan de gebruikelijke betekenis ervan maar gaat zij er ook aan voorbij dat dit als een afzonderlijk gegeven in het bestek is vermeld, hetgeen bevestigt dat het gevraagde in artikel 34 niet volstaat. Dit blijkt ook uit Hoofdstuk XVI van het bestek, het “formulier voor de neerlegging van de offerte”, dat in “Sectie 3 Offerte” als afzonderlijk punt verwijst naar het financieringsplan terwijl “Sectie 2 Kwalitatieve selectie” daarentegen verwijst naar bij te voegen documenten waaronder, onder “financiële capaciteit”, de resultatenrekeningen en balansen van de drie laatste jaren en de gemiddelde jaarlijkse omzet. Verzoekende partij heeft trouwens in haar offerte een afzonderlijk document “financieringplan / financieringsplan toelichting” opgenomen zodat mag worden aangenomen dat dit ook haar standpunt was bij het indienen van de offerte.

In de mate dat verzoekende partij dan weer argumenteert dat artikel 63 niet valt onder de selectiecriteria, die limitatief zijn opgesomd in de artikelen 32 tot 35 van het bestek, onder uitsluitingscriteria, houdt dit niet *ipso iure* in dat ook artikel 63 geen essentiële bestekbepaling kan zijn.

Verzoekende partij toont dan ook niet aan dat verwerende partij het ontbreken van een financieel plan niet redelijkerwijze mocht beschouwen als een substantiële onregelmatigheid.

18. Verzoekende partij voert nog aan dat zij bij haar offerte een stuk heeft gevoegd aangeduid als “financieringsplan/financieringsplan toelichting” en dus toch een financieel plan zou hebben ingediend.

Dit stuk bevat echter geen enkel cijfer. Over de financiering wordt enkel concreet gezegd dat de voorstudie gefinancierd wordt via autofinanciering, dat voor de te financieren werken financiering moet worden voorzien vanaf januari 2006 en dat de externe financiële behoefte via de financiële planning in kaart wordt gebracht. Voorts is er een verbintenis van de

afgevaardigd bestuurder om binnen 2 maanden na de toewijzing een bevestiging te overhandigen vanwege een financiële instelling waarin de nodige financiering voor dit project is voorzien. De financiële planning waarnaar verwezen wordt is een schema “Plan financement Sun 5/09/04” dat onder “1 algemene bepalingen” gevoegd is bij de offerte. Dit onderscheidt de interne en externe financiering met het totaal aantal dagen en de begin- en einddatum; onder interne financiering worden onder meer data vermeld voor voorschotten en betaling saldo architecten en de betaling van de stedenbouwkundige vergunning; onder externe financiering worden de werken verder opgedeeld met aanduiding van de duur en de begin- en einddatum, de aanduiding van betalingsdata en voor de appartementen ook data voor de ontvangst van verkoopsommen. Elke bedrag ontbreekt echter.

Uit de bestreden beslissing blijkt dat verwerende partij dit gelijk stelde met de afwezigheid van een financieel plan.

Rekening houdend met de hiervoor vastgestelde finaliteit van het financieel plan en de eruit af te leiden inhoud, mocht verwerende partij redelijkerwijze tot de bestreden beslissing komen.

19. Ten slotte voert verzoekende partij nog aan dat verwerende partij, gelet op de onduidelijkheid van het bestek en in aanwezigheid van een onvolledig financieel plan, toepassing had moeten maken van artikel 20, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en haar aldus had moeten toelaten haar financieel plan te vervolledigen.

Artikel 20, § 3, luidt:

“Binnen de grenzen van de artikelen 17 tot 19 en van § 1 en 2 van dit artikel, kan de aanbestedende overheid verlangen dat de kandidaten of de inschrijvers de overgelegde getuigschriften en documenten aanvullen of toelichten”.

Het volstaat erop te wijzen dat dit artikel de kwalitatieve selectie betreft. Artikel 63 van het bestek gaat niet over de kwalitatieve selectie. De terechte beoordeling dat de offerte van verzoekende partij een substantiële onregelmatigheid vertoonde, laat voorts geen ruimte tot aanvulling of toelichting.

20. Het middel kan niet tot nietigverklaring leiden gelet op de conclusie over het tweede motief. Verzoekende partij heeft geen belang meer bij de kritiek op het eerste motief nu die op zich niet tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan leiden.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

21. In een derde middel voert verzoekende partij de schending aan van “het redelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel van fair play, als beginselen van behoorlijk bestuur, alsook van het principe van de vergelijkbaarheid van de offertes”.

Zij stelt dat de beslissing naar redelijkheid niet kan worden aanvaard aangezien de verregaande gevolgen helemaal niet in verhouding staan tot de elementen die aan de beslissing ten grondslag liggen, meer bepaald dat er geen financieel plan zou zijn toegevoegd.

Het fairplay beginsel “lijkt” geschonden aangezien de aanbestedende overheid misbruik heeft gemaakt van haar overwicht als overheid in dergelijke situaties.

Door niet om verduidelijking of aanvulling van de bijgebrachte financiële en economische gegevens te verzoeken, hetgeen verzoekende partij kon verwachten zodat ook het vertrouwensbeginsel “lijkt” geschonden, was de verwerende partij in de onmogelijkheid om de verschillende offertes met elkaar te vergelijken. Door verzoekende partij de mogelijkheid te bieden haar offerte te vervolledigen, had de regelmatigheid en volledigheid van de offerte kunnen worden aangetoond, zodat uiteindelijk tot een echte analyse ten gronde van de gunningscriteria en tot een echte concurrentie had kunnen worden overgegaan. Verwerende partij heeft dit blijkbaar willen vermijden, hetgeen tevens blijkt uit de niet-toepassing van de stand-still procedure voorzien in artikel 21*bis* van de wet van 24 december 1993, toepassing die veel onduidelijkheden had weggenomen.

Concluderend stelt verzoekende partij dat verwerende partij zich niet gedragen heeft als een normaal voorzichtige overheid.

Beoordeling

22. Zoals bij de beoordeling van het tweede middel aangenomen, is niet aangetoond dat de beslissing van verwerende partij om de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig te verklaren, een onwettige beslissing was. Dienvolgens diende verwerende partij de offerte buiten beschouwing te laten. In de mate dat verzoekende partij het redelijkheidsbeginsel, het fairplay beginsel, het vertrouwensbeginsel, het principe van de vergelijkbaarheid van de offertes en het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden acht gaat verzoekende partij dan ook aan die conclusie voorbij. De offerte van verzoekende partij mocht wegens haar onregelmatigheid niet worden getoetst aan de gunningscriteria.

23. In de mate dat verzoekende partij ook uit de niet-toepassing van de stand-still procedure van artikel 21*bis* van de wet van 24 december 1993 afleidt dat verwerende partij een echte vergelijking van de offertes aan de hand van de gunningscriteria en echte concurrentie wou vermijden, dient vastgesteld dat dit artikel 21*bis* niet toepasselijk was op de opdracht in kwestie. Artikel 21*bis* werd in de wet van 24 december 1993 ingevoegd door artikel 302 van de programmawet van 9 juli 2004. Artikel 317, tweede lid, van die programmawet stelt dat de opdrachten waarvan de aankondiging van de opdracht werd bekendgemaakt vóór 15 juli 2004, zoals te dezen, niet onderworpen zijn aan het nieuwe artikel 21*bis*.

24. In de mate dat verzoekende partij met het “principe van de vergelijkbaarheid van de offertes” een schending bedoelt van het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers, wordt niet aangetoond ten opzichte van welke inschrijver verzoekende partij ongelijk werd behandeld.

25. Het middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 3 maart 2011, 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