

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 213.819 van 9 juni 2011
in de zaak A. 181.574/XII-5046**

In zake: de NV SITA REMEDIATION
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Poppe
kantoor houdend te 9051 Gent
Pieter Van Reysschootlaan 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de REGIE DER GEBOUWEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jozef Wynant
kantoor houdend te 1770 Liedekerke
Muilemstraat 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV BIOTERRA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten William Timmermans en Christophe Ronse
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86C B414
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 8 maart 2007, strekt tot de nietigverklaring van “de gunningsbeslissing genomen door de Adviseur-generaal, ir. M. Bollaerts, van de Regie der Gebouwen, [...] daterend van 16/05/2006 aangaande de openbare aanbesteding dd. 01/06/2005, Bijzonder Bestek nr. 05/23/22.2358/037A, met als onderwerp: Bodemsanering - Nationaal Instituut

voor Criminalistiek en Criminologie (NICC), Vilvoordsesteenweg 100, 1120 Neder-Over-Heembeek”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De nv Bioterra heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 21 mei 2007. Tussenkommende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

Verzoekende partij en verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 april 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Kris De Maere, die verschijnt voor verzoekende partij, advocaat Olivia Beele, die loco advocaat Jozef Wynant verschijnt voor verwerende partij, en advocaat Tim Bruyninckx, die loco advocaten William Timmermans en Christophe Ronse verschijnt voor tussenkommende 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 Regie der Gebouwen, Brusselse Buitendiensten I, schrijft een overheidsopdracht uit voor een opdracht van werken voor de bodemsanering in het Nationaal Instituut voor Criminalistiek en Criminologie, Vilvoordsesteenweg 100 te 1120 Neder-Over-Heembeek.

Inzake de erkenning van de aannemer vermeldt het bestek: “Voor de saneringswerken is geen speciale erkenning vereist”. Er is een gestanddoeningstermijn van 120 kalenderdagen vastgesteld, ingaande de dag na de opening van de offertes.

3.2. In een brief van 27 mei 2005 deelt de Confederatie Bouw voor het Brussels Hoofdstedelijk Gewest mee aan verwerende partij dat, in tegenstelling tot wat in het bestek wordt vermeld, voor de betrokken bodemsaneringswerken een erkenning is vereist, met name in de categorie G.

3.3. De offertes worden geopend op 1 juni 2005. Er blijken acht inschrijvingen te zijn ingediend. De laagste offerte, aan 336.994,08 euro, is ingediend door de nv Bioterra, huidige tussenkomende partij. Verzoekende partij heeft met 362.226,35 euro de tweede laagste offerteprijs. Beide bedragen zijn btw inbegrepen.

Bij de offerte van verzoekende partij is een bewijs van erkenning in categorie G, klasse 6, gevoegd.

De nv Bioterra heeft bij haar offerte een erkenning categorie G, klasse 2, gevoegd.

3.4. Op 16 juni 2005 wordt een eerste versie van het gunningsverslag opgesteld. Er wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Bioterra, de laagste regelmatige inschrijver, voor een bedrag, btw niet inbegrepen, van 278.507,50 euro. Verzoekende partij blijft de tweede laagste met een prijs van 303.540,62 euro, btw niet inbegrepen.

3.5. Op 28 juni 2005 richt verwerende partij evenwel een schrijven aan de nv Bioterra waarin wordt gevraagd om een attest van erkenning categorie G, klasse 3, of een attest van het indienen van een volledig dossier in dat verband bij de “Commissie van Erkenning”, te bezorgen binnen 12 kalenderdagen.

3.6. De nv Bioterra antwoordt met een gemotiveerd schrijven van 7 juli 2005 dat haar erkenning in categorie G, klasse 2, voldoet.

3.7. Op 1 augustus 2005 vraagt verwerende partij advies aan haar juridische dienst betreffende de offerte van nv Bioterra.

De juridische dienst adviseert op 2 augustus 2005 om de offerte van nv Bioterra als onregelmatig te beschouwen omdat zij niet over de vereiste erkenning beschikt.

3.8. Op 4 augustus 2005 wordt een nieuwe versie van het gunningsverslag opgesteld. De offerte van nv Bioterra wordt uitgesloten omwille van de niet voldoende erkenning, er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan verzoekende partij.

3.9. Op 18 oktober 2005 wordt het dossier door de Brusselse Buitendiensten I toegezonden aan de adviseur-generaal van de Regie der Gebouwen ter goedkeuring.

3.10. Volgens verwerende partij wordt het dossier dan teruggestuurd aan de Brusselse Buitendiensten I, “met het verzoek om de offerte van Bioterra nv nogmaals te onderzoeken met betrekking tot de erkenning, aangezien niet was komen vast te staan dat Bioterra niet aan de erkenningsvoorwaarden voldoet”.

3.11. Verwerende partij vraagt blijkbaar aan verzoekende partij of zij de gestanddoeningstermijn van haar offerte wil verlengen tot 31 maart 2006. Met een brief van 19 oktober 2005 gaat verzoekende partij hiermee akkoord.

3.12. Met een brief van 5 december 2005 stuurt nv Bioterra aan verwerende partij een verklaring van de Confederatie Bouw Limburg dat er voor nv Bioterra een dossier voor erkenning categorie G, klasse 3, in behandeling is.

3.13. Verwerende partij vraagt op 21 februari 2006 opnieuw het advies van haar juridische dienst, thans of deze verklaring van de Confederatie Bouw volstaat opdat de offerte van nv Bioterra regelmatig zou kunnen worden beschouwd.

De juridische dienst antwoordt op 22 februari 2006 dat de betrokken verklaring daartoe niet volstaat en dat navraag dient te worden gedaan bij de Commissie voor de Erkenning der Aannemers.

3.14. Verwerende partij doet nog op 22 februari 2006 navraag bij de Commissie.

Op 28 februari 2006 stuurt de Commissie een bericht aan verwerende partij dat nv Bioterra erkend is in categorie G, klasse 2.

3.15. Met een brief van 22 maart 2006 stuurt de nv Bioterra een attest van de Commissie voor de Erkenning der Aannemers dat zij “een volledig dossier heeft ingediend met het oog op het verkrijgen van een erkenning als aannemer van werken”; volgens nv Bioterra gaat het om een verhoging van de erkenning tot klasse 3.

3.16. Op 2 mei 2006 wordt de nv Bioterra erkend als aannemer van werken categorie G, klasse 3.

3.17. Blijkbaar wordt verzoekende partij met een brief van 10 mei 2006 opnieuw gevraagd om de gestanddoeningstermijn van haar offerte te verlengen, deze keer tot 30 september 2006. Zij gaat akkoord in een brief van 11 mei 2006.

3.18. Met een faxbericht van 11 mei 2006 stuurt de nv Bioterra haar getuigschrift van erkenning in categorie G, klasse 3, aan verwerende partij.

3.19. Op 13 mei 2006 wordt een nieuw gunningsverslag opgesteld. De offerte van nv Bioterra wordt regelmatig bevonden. Er wordt voorgesteld om de opdracht aan deze inschrijver te gunnen.

3.20. Op 16 mei 2006 neemt de adviseur-generaal van de Regie der Gebouwen de thans bestreden beslissing om de opdracht toe te wijzen aan de nv Bioterra. Er wordt onder meer verwezen naar de erkenning van deze inschrijver in de categorie G, klasse 3.

3.21. Met een aangetekende brief van 8 januari 2007 wordt de nv Bioterra op de hoogte gebracht dat de opdracht aan haar werd gegund.

Verzoekende partij wordt eveneens met een schrijven van 8 januari 2007 geïnformeerd dat de opdracht niet aan haar werd toegewezen. Met een brief van 18 januari 2007 wordt haar een afschrift van de gunningsbeslissing bezorgd.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. Het eerste middel dat verzoekende partij aanvoert “heeft betrekking op de bevoegdheid en dienvolgens machtoverschrijding”.

In essentie voert verzoekende partij aan dat verwerende partij niet aantoont dat de adviseur-generaal bevoegd is om de kwestieuze gunningbeslissing te nemen.

5. In de memorie van antwoord repliceert verwerende partij:

“De bevoegdheid van de heer ir. M. Bollaerts, Adviseur-generaal, blijkt duidelijk op basis van de delegatieregeling die binnen de Regie der Gebouwen geldt.

Artikel 3 van de wet van 1 april 1971 houdende oprichting van een Regie der Gebouwen (B.S. 27 mei 1971) bepaalt dat de Minister belast met de voordij over de Regie der Gebouwen bevoegd is om alle beheersdaden te verrichten [...]. Sinds het koninklijk besluit van 21 juli 2003 (B.S. 25 juli 2003) is de Minister van Financiën bevoegd voor de Regie [...].

Krachtens artikel 4, § 3 van de wet van 1 april 1971 kan de Minister sommige van zijn bevoegdheden aan de Directeur-generaal van de Regie der Gebouwen verlenen, alsook aan de Ambtenaren-generaal. Hij kan tevens, binnen de perken die hij bepaalt, de Directeur-generaal machtigen om sommige van zijn bevoegdheden over te dragen aan bepaalde ambtenaren van de Regie. De Directeur-generaal treft daartoe een subdelegatiebesluit.

De delegatie van bevoegdheden aan de Directeur-generaal is nader geregeld in het ministerieel besluit van 13 februari 2003 tot vaststelling van de delegaties van bevoegdheden bij de Regie der Gebouwen en tot regeling van de bevoegdheden van de diensten (B.S., 9 april 2003) [...].

Overeenkomstig artikel 1 van het ministerieel besluit van 13 februari 2003, zijn de beheersdaden waarvoor de Directeur-generaal en de Ambtenaren-generaal delegatie wordt verleend, opgesomd in de bijlage van het besluit. Titel I, Hoofdstuk 11, 1° van de bijlage bepaalt dat de Directeur-generaal bevoegd is voor de gunning van opdrachten van werken via een openbare aanbesteding tot een bedrag van 2.700.000 EUR exclusief BTW.

Artikel 2 van het ministerieel besluit bepaalt verder dat de Directeur-generaal de bevoegdheden die hem met dit besluit worden toegekend, kan subdelegeren aan bepaalde ambtenaren van de Regie.

De subdelegatie van bevoegdheden wordt geregeld door een Besluit van de Directeur-generaal van 9 september 2005 tot vaststelling van de subdelegaties van bevoegdheden bij de Regie der Gebouwen (B.S., 26 september 2005) [...]. Overeenkomstig artikel 2, § 2 van dit besluit zijn de subdelegaties vastgelegd in de bijlage 2 bij het besluit. Titel I, Hoofdstuk 11, 1°, 1, a van de bijlage 2 bepaalt dat opdrachten van werken tot een bedrag van 450.000 EUR exclusief BTW via een openbare aanbesteding kunnen worden gegund door het bevoegde Diensthoofd.

Als Diensthoofd van de buitendienst Brussel I is de heer ir. M. Bollaerts dan ook bevoegd om de betrokken opdracht, gegund voor een bedrag van 336.994,08 EUR inclusief BTW, toe te wijzen”.

6. In haar memorie van wederantwoord beperkt verzoekende partij zich tot de opmerking dat “een K.B. dat dateert van 21 juli 2003 (sic) niet

toepasselijk [kan] worden verklaard op een M.B. van voor die datum, t.t.z. 13 februari 2003”.

Beoordeling

7. Uit de uiteenzetting in de memorie van antwoord blijkt dat de adviseur-generaal bevoegd was om de kwestieuze gunningsbeslissing te nemen. De besluiten inzake de delegatie zijn bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

De opmerking van verzoekende partij betreffende het koninklijk besluit van 21 juli 2003 in betrekking tot het ministerieel besluit van 13 februari 2003, is niet pertinent. Het koninklijk besluit van 21 juli 2003 tot vaststelling van bepaalde ministeriële bevoegdheden, betreft immers de toewijzing van bevoegdheden en beleidsdomeinen in algemene zin binnen de federale regering en doet geen afbreuk aan het eerdere ministerieel besluit dat de interne bevoegdheidsdelegatie binnen de Regie der Gebouwen regelt. Minstens toont verzoekende partij niet aan hoe zulks wel het geval zou zijn.

Het middel is niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. In het tweede middel roept verzoekende partij de schending in van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het *in casu* kennelijk onredelijk handelen en onzorgvuldig bestuurlijk optreden, het redelijkheidsbeginsel, de informatieverplichting en de motiveringsverplichting”.

In dit middel brengt verzoekende partij twee grieven aan.

Een eerste grief betreft de kennisgeving. De gunningsbeslissing werd genomen op 16 mei 2006, doch pas aan verzoekende partij ter kennis gegeven op 8 januari 2007. Dit is meer dan 6 maanden later. De informatieplicht is hierdoor geschonden.

Een tweede grief betreft de verlenging van de gestanddoeningstermijn. Verzoekende partij wijst er op dat deze tot twee maal toe werd verlengd. De tweede verlenging dateert van 10 mei 2006 terwijl de gunningsbeslissing op 16 mei 2006 werd genomen. De nv Bioterra zou pas op 2 mei 2006 de vereiste erkenning categorie G, klasse 3, hebben verkregen. Hoewel de gunningsbeslissing “formeel regelmatig is gezien de vereiste erkenningen op datum van gunning aanwezig moeten zijn”, is het volgens verzoekende partij toch “bevreemdend [...] dat de aanbestedende overheid nog op 10/05/2006 om een verlenging van de gestanddoeningstermijn verzoekt om vervolgens enkele dagen later de gunningsbeslissing te nemen”. Volgens verzoekende partij zijn de aan de beslissing ten grondslag liggende motieven dan ook niet in overeenstemming met diegene aangegeven in de bestreden beslissing. De verlenging van de gestanddoeningstermijn is evenmin gesteund op juiste motieven.

9. In de memorie van wederantwoord werpt verzoekende partij op dat de nv Bioterra als een onregelmatige inschrijver diende te worden beschouwd. Het is niet aan de aanbestedende overheid om een onregelmatige inschrijver te benaderen ten einde deze alsnog te laten voldoen aan de gestelde vereisten.

De toewijzingsbeslissing werd genomen kort nadat de nv Bioterra de vereiste erkenning verkreeg. De gestanddoeningstermijn werd dan ook uitsluitend telkenmale verlengd met het louter doel de nv Bioterra toe te staan te voldoen aan alle criteria.

Verzoekende partij stelt dat zij door deze handelwijze in een ongelijke concurrentiepositie wordt geplaatst aangezien zij om alle noodzakelijke erkenningen te verkrijgen grote inspanningen dient te leveren, terwijl de nv Bioterra in de gelegenheid wordt gesteld om de vereiste erkenning te krijgen in de loop van de procedure.

10. In haar laatste memorie benadrukt verzoekende partij dat zij “de wijze waarop gebruik werd gemaakt van de wettelijke mogelijkheid [om de gestanddoeningstermijn te verlengen] bestrijdt en dat in hoofde van verzoekster door de aanbestedende overheid een vermoeden of minstens een schijn van

partijdigheid werd gewekt”. Er had, in de gegeven omstandigheden, een duidelijke motivering van de verlengingen moeten zijn.

Beoordeling

11.1. Wat de grief inzake de kennisgeving betreft wordt vastgesteld dat het enkele feit van laattijdigheid van de kennisgeving de wettigheid van de bestreden beslissing niet aantast.

11.2. De tweede grief, zoals aangebracht in verzoekschrift, heeft enkel betrekking op de “bevreemdende” vraag van verwerende partij om de gestanddoeningstermijn tweemaal te verlengen. In zoverre deze grief in de memorie van wederantwoord wordt geconcretiseerd terzake de onregelmatigheid van de inschrijving van de nv Bioterra is zij niet ontvankelijk. Verzoekende partij toont immers niet aan dat zij dit aspect van de grief niet reeds in het verzoekschrift had kunnen ontwikkelen.

De grief in het verzoekschrift is onvoldoende nauwkeurig aangebracht opdat zij tot de vaststelling van de onwettigheid van de gunningsbeslissing aanleiding zou kunnen geven. Verzoekende partij erkent in de eerste plaats zelf dat de bestreden beslissing “formeel regelmatig is” en komt in haar kritiek uiteindelijk niet verder dan de opmerking dat het verzoek om de gestanddoeningstermijn te verlengen “bevreemdend” is en “[niet] op juiste motieven” steunt, zonder evenwel te concretiseren waarom dit verzoek “bevreemdend” is, dan wel waarom deze motieven volgens haar onjuist zijn. Minstens duidt zij niet aan hoe dit alles tot de onwettigheid van de gunningsbeslissing zou moeten leiden.

11.3. Het middel wordt verworpen.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

12. In het derde middel voert verzoekende partij de schending aan van “de wettelijke bepalingen betreffende de overheidsopdrachten aangaande de gestanddoeningstermijn en de onverwijld kennisgevingsverplichting aan de niet geselecteerde inschrijver” en van “artikel 25, par. 1 eerste lid, artikel 116, eerste lid en artikel 118, eerste lid van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies van openbare werken”.

In het bestek wordt bepaald dat de gestanddoeningstermijn 120 kalenderdagen bedraagt. Verwerende partij heeft pas na het verstrijken van deze termijn om verlenging verzocht.

Voorts voert verzoekende partij aan dat de kennisgeving meer dan 6 maanden na het nemen van de gunningsbeslissing niet als een onverwijld kennisgeving kan worden beschouwd.

13. In haar memorie van wederantwoord stelt verzoekende partij dat “het verzoek tot verlenging van de gestanddoeningstermijn niet tijdig gebeurde én dat de redelijke termijn om over te gaan tot kennisgeving nadat de toewijzingsbeslissing werd genomen *in casu* niet gerespecteerd werd”.

Beoordeling

14. In tegenstelling tot wat verzoekende partij lijkt aan te voeren, sluiten de door haar aangehaalde bepalingen van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 niet uit dat door een aanbestedend bestuur om een verlenging van de gestanddoeningstermijn wordt gevraagd nadat de in het bestek bepaalde gestanddoeningstermijn is verstreken. Minstens toont verzoekende partij ook hier niet aan hoe dit de onwettigheid van de bestreden beslissing ten gevolge zou hebben.

Wat de grief inzake de late kennisgeving betreft wordt verwezen naar de beoordeling van het tweede middel, randnummer 11.1.

Het derde middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt het beroep.

2. Verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 juni 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest