RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 220.920 van 9 oktober 2012
in de zaken I. A. 206.252/XII-7059
II. A. 206.494/XII-7088

In zake: I. + II. de BVBA MADOC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

I. + II. de STAD NIEUWPOORT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bert Beelen
kantoor houdend te 3000 Leuven
Justus Lipsiusstraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering in de zaak A. 206.252/XII-7059, ingesteld op 7 september 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

"- de beslissing van 13 augustus 2012 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Nieuwpoort inzake toewijzing van de gunning op grond van het bestek 'Bezoekerscentrum 'De Ganzenpoot' - ontwerp en gedeeltelijke realisatie binneninrichting', met besteknummer TD/D2011-75, aan de bvba Bailleul […].
- de beslissing van 13 augustus 2012 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Nieuwpoort inzake toewijzing van de gunning op grond van het bestek 'Bezoekerscentrum 'De Ganzenpoot' - ontwerp en gedeeltelijke

realisatie binneninrichting', met besteknummer TD/D2011-75, om de offerte van bvba Madoc onregelmatig te verklaren en als nietig te beschouwen;
- de impliciete beslissing om de voormelde opdracht niet aan de bvba Madoc te gunnen";

De vordering in de zaak A. 206.494/XII-7088, ingesteld op 29 september 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van 13 augustus 2012 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Nieuwpoort met nummer 52 tot intrekking van de beslissing van 2 juli 2012 van het college van burgemeester en schepenen met nummer 50 tot gunning van de opdracht met besteknaam 'Bezoekerscentrum 'De Ganzenpoot' - ontwerp en gedeeltelijke realisatie binneninrichting' en met besteknummer TD/D2011-75, aan de bvba Bailleul (lees: de bvba Madoc)[…]".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft in beide zaken een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 oktober 2012, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Ellen Vandensande, die loco advocaat Bert Beelen 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. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een aanneming van diensten, in de aankondiging genoemd "Bezoekerscentrum 'De Ganzenpoot' - ontwerp en gedeeltelijke realisatie binneninrichting".

De geraamde waarde van de opdracht is 470.000 euro btw inbegrepen.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 25 november 2011 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 1 december 2011 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Het bijzonder bestek TD/D2011-75 is op de opdracht van toepassing.

Artikel 1.1 beschrijft de opdracht als volgt:

> "Het betreft een opdracht voor aanneming van diensten.
> Het ontwerpen van de binneninrichting voor de 'De Ganzepoot' kadert in het ruimere project rond het bezoekerscentrum De Ganzepoot. De dienstverlener staat in voor de technische en administratieve opvolging van de opdracht tot en met de oplevering.
> De ruimtes van het gebouw (permanente tentoonstelling en onthaal- en wachtruimte) waarop deze opdracht betrekking heeft bevinden zich in/op het Albert I-monument nabij de Ganzepoot in Nieuwpoort.
> Bij het uitvoeren van deze opdracht moet de dienstverlener zich baseren op de plannen en het circulatieschema van de architect (beide in bijlage).
> De opdracht bestaat uit volgende onderdelen:
> LUIK 1: CONCEPT
> 1. Het uitwerken van een visie en concept van de permanente tentoonstelling (inclusief het narratief parcours op de top van het monument);
> 2. Het uitwerken van de inhoudelijke invulling (het volledige scenario) voor de permanente tentoonstelling (binnen én buiten) en de inhoudelijke invulling van het aanbod in de onthaal- en wachtruimte;
> 3. Het opmaken van alle nodige richtlijnen rond grafiek en huisstijl nodig voor de verdere ontwerp- en realisatiefase.
>
> Ter verduidelijking van zowel het concept als de opgestelde richtlijnen wordt aan de dienstverlener bijkomend gevraagd schetsontwerpen te

voorzien van de fysieke elementen/uitwerking die de dienstverlener voor ogen heeft om de vooropgestelde inhoudelijke invulling te realiseren in de ruimtes voorzien voor de permanente opstelling en voor het onthaal.

De dienstverlener wordt ook gevraagd om gedurende de realisatiefase in te staan voor de conceptbewaking van dit onderdeel.

LUIK 2: REALISATIE MULTIMEDIA

Luik 2 bevat de realisatie van alle multimedia (soft- en hardware) noodzakelijk voor de realisatie van de inhoudelijke invulling in de permanente tentoonstelling en de onthaal- en wachtruimte. Voor wat de software betreft, zal het er niet enkel op aan komen deze te 'concipiëren'. De applicaties/projecties/... moeten ook gebouwd worden. Voor dit luik staat de dienstverlener ook in voor het nazicht van de uitvoering tijdens de uitvoeringsfase. Alle kosten verbonden aan dit luik (aankoop, levering, plaatsing, installatie, garantie, ...) moeten inbegrepen zijn.

Volgende onderdelen behoren niet tot de opdracht:
- Het ontwerpen en realiseren van de fysieke elementen (kasten, balie, lockers, zitelementen, ...) nodig voor de permanente tentoonstelling en de onthaal- en wachtruimte;
- Alle bouwwerken voor en inrichting van polyvalente ruimte voor tijdelijke tentoonstellingen;
- Parking en omgevingsaanleg site.
-

Hoewel al deze onderdelen géén deel uitmaken van de opdracht, is het wel van belang dat er een continue afstemming is met de aangestelde architect."

Artikel 1.6 beschrijft het verloop van de gunningsprocedure en bepaalt het volgende over het "informatiemoment" van 9 december 2011:

"De geïnteresseerde dienstverleners worden uitgenodigd voor het informatiemoment (verplicht) op 9 december 2011 om 10 uur op het stadhuis (raadszaal). Dit omvat een verdere toelichting over het project, een plaatsbezoek en de gelegenheid tot het stellen van vragen."

Eerder was ook op pagina 2 van het bestek als volgt naar dit informatiemoment verwezen:

"Informatiemoment vrijdag 9 december 2011 om 10 uur in de raadzaal van het stadhuis Marktplein 7 8620 Nieuwpoort."

In de aankondiging wordt niet naar dit informatiemoment verwezen.

Artikel 3 van het bestek bepaalt de volgende gunningscriteria:

"De opdracht zal gegund worden op basis van volgende criteria:

- Prijs: 30 punten
  Het betreft:
  - de totale kostprijs (luik 1 en luik 2) van de geleverde diensten van de inschrijver;
  - opgave van het ereloon;
  - voor luik 2: de raming van de jaarlijkse facilitaire kosten voor de eerste vijf jaar na realisatie van het project.
- Uitwerking op basis van de technische bepalingen van het bestek: 45 punten
  De kwaliteit van de concept- en visievorming, van de scenografie en vormgeving, het gebruik van innovatieve presentatietechnieken (multimedia, audiovisuele toepassingen, ...) en de interpretatie van de inhoud, gerelateerd aan de ambities en de verwachtingen van de opdrachtgever, zoals ze beschreven zijn in de technische bepalingen. Het historisch wetenschappelijke karakter van inhoud en presentatie moeten worden gegarandeerd.
- Originaliteit/creativiteit: 25 punten
  Een attractief, origineel en creatief voorstel dat zich onderscheidt van andere (WOI-) bezoekersattracties. De presentatie roept vragen en emotie op bij de bezoeker en spreekt de verschillende doelgroepen aan."

3.4. Het informatiemoment vindt plaats op 9 december 2011. Volgens de nota van verwerende partij zijn er elf geïnteresseerde dienstverleners aanwezig. Blijkens de aanwezigheidslijst was verzoekende partij daar niet bij.

3.5. Verzoekende partij vraagt met een e-mail van 15 december 2011 aan verwerende partij het bestek op. Dit wordt meegedeeld met een e-mail van 27 december 2011.

Vermits het informatiemoment dan reeds had plaatsgevonden, neemt verzoekende partij naar eigen zeggen contact op met de dossierverantwoordelijke bij verwerende partij met de vraag of zij nog kon deelnemen aan de gunningsprocedure. De dossierverantwoordelijke zou volgens verzoekende partij geantwoord hebben dat deelname, zonder aanwezigheid op het informatiemoment, mogelijk is. Verwerende partij stelt in haar nota dit te hebben nagevraagd bij de dossierverantwoordelijke die zou hebben geantwoord zich geen dergelijk telefoongesprek te herinneren.

Op 4 januari 2012 heeft verzoekende partij naar eigen zeggen, op eigen initiatief, een bezoek gebracht aan de site, dat beperkt bleef tot de publieke gedeelten en zou zij verwerende partij hiervan op de hoogte hebben gebracht.

3.6. De offertes worden op 20 januari 2012 geopend. Er worden vier offertes ingediend waaronder door verzoekende partij en de bvba Bailleul Ontwerpbureau.

3.7. Verzoekende partij wordt door verwerende partij met een e-mail van 25 januari 2012 uitgenodigd op "het informatiemoment" van 3 februari 2012 om haar ontwerp toe te lichten. In deze datum en mogelijkheid was reeds in het bestek voorzien.

3.8. Met brieven van 12 maart 2012 vraagt verwerende partij aan alle inschrijvers stukken of andere gegevens op.

3.9. De technische dienst van verwerende partij stelt op 27 juni 2012 een "aanbestedingsverslag" op. Daarin worden alle inschrijvers geselecteerd en worden alle offertes regelmatig bevonden. Er wordt niets vermeld over het feit dat verzoekende partij en inschrijver bv Gielissen Bedrijven niet aanwezig waren op het informatiemoment van 6 december 2011.

Na toetsing aan de gunningscriteria volgt deze rangschikking:

	bvba Bailleul	bvba Madoc	bvba SIEN	bv Gielissen Bedrijven
prijs	30,00	20,00	30,00	10,00
uitwerking	28,93	45,00	16,07	25,71
originaliteit	18,75	25,00	14,58	16,67
totaal	77,68	90,00	60,65	52,38
rangschikking	2	1	3	4

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan verzoekende partij als "voordeligste regelmatige inschrijver".

Op 2 juli 2012 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Nieuwpoort alle inschrijvers kwalitatief te selecteren, het aanbestedingsverslag goed te keuren en de opdracht te gunnen aan verzoekende partij voor een bedrag van 451.965,25 euro btw inbegrepen.

3.10. In een brief van 11 juli 2012 deelt de bvba Bailleul Ontwerpbureau aan de dossierverantwoordelijke van verwerende partij mee van hem vernomen te hebben dat de opdracht aan de bvba Madoc werd gegund. Zij vraagt om haar het toewijzingsverslag mee te delen en het bewijs dat de bvba Madoc aanwezig was op het verplichte informatiemoment van 9 december 2011.

In een brief van 6 augustus 2012 aan verwerende partij vraagt de bvba Bailleul Ontwerpbureau haar officieel op de hoogte brengen van de gunningsbeslissing en maakt zij bezwaar tegen de gunning aan de bvba Madoc omdat deze afwezig was op de verplichte informatievergadering.

3.11. Op 13 augustus 2012 beslist het college van burgemeester en schepenen om de gunningsbeslissing van 2 juli 2012 in te trekken met de volgende motivering:

> "Overwegende dat in het bestek van de algemene offertevraag betreffende de museale inrichting van het bezoekerscentrum er een verplichte informatievergadering voorzien was;

Overwegende dat werd vastgesteld dat de bvba Madoc niet aanwezig was op het verplicht informatiemoment op 9 december 2011; dat de niet-aanwezigheid in strijd is met de bepalingen van het bestek; dat het college van burgemeester en schepenen oordeelt dat deze strijdigheid een relatieve onregelmatigheid betreft en het aldus aan de beoordeling van het college van burgemeester en schepenen toekomt om de offerte al dan niet te weren; dat het college van burgemeester het opportuun acht teneinde de gelijke behandeling van de inschrijvers te garanderen de offerte van de bvba Madoc te weren; dat tevens de firma bv Gielissen Bedrijven, Freddy van Riensdijk 21, 5657 EE Eindhoven niet aanwezig bleek op het bewuste informatiemoment; dat ook de offerte van deze firma dient geweerd;
Overwegende dat om bovenvermelde redenen het besluit van het college van burgemeester en schepenen dd. 2 juli 2012 houdende gunning van de opdracht van de opdracht TD/D2011-75: Studieovereenkomst - Bezoekerscentrum 'De Ganzenpoot' - ontwerp en gedeeltelijke realisatie binneninrichting aan de bvba Madoc Coupure Links 281 9000 Gent voor een bedrag van € 451.965,25 (btw incl.) dient ingetrokken te worden."

Dit is de bestreden beslissing in de zaak A. 206.494/XII-7088.

3.12. Vervolgens beslist het college van burgemeester en schepenen op 13 augustus 2012 om de vier inschrijvers kwalitatief te selecteren, om de offertes van verzoekende partij en de bv Gielissen Bedrijven als nietig te beschouwen "gezien er niemand aanwezig was op het verplichte informatiemoment" en om de opdracht te gunnen aan de voordeligste regelmatige inschrijver, dit is bvba Bailleul Ontwerpbureau.

Het weren van de twee offertes wordt als volgt gemotiveerd:

"Overwegende dat het aanbestedingsbestek een informatiemoment (verplicht) op 9 december 2011 om 10 uur op het stadhuis (raadszaal) voorziet;
Overwegende dat uit de aanwezigheidslijst blijkt dat er niemand aanwezig was van de firma's bvba Madoc en de bv Gielissen Bedrijven;
Overwegende dat het niet aanwezig zijn op een verplicht informatiemoment als een relatieve onregelmatigheid wordt beschouwd;
Overwegende dat het college van burgemeester en schepenen van oordeel is dat het aanwezig zijn op het verplichte informatiemoment een essentiële besteksbepaling is waardoor de offerte van de firma bvba Madoc en de firma bv Gielissen Bedrijven als nietig worden beschouwd."

Dit is de eerste en tweede aangevochten beslissing in de zaak A. 206.252/XII-7059; de in die zaak derde bestreden beslissing, de impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan verzoekende partij, is erin vervat.

IV. Samenvoeging

4. Er is grond om de zaken die betrekking hebben op dezelfde gunningsprocedure in de huidige fase van de procedure samen te voegen.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, 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.

5.2. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het eerste middel in de zaak A. 206.252/XII-7059

Standpunt van de partijen

6. In een eerste middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 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, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de formele motivering van de bestuurshandelingen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid van het beginsel inzake de materiële-motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel:

> "Doordat de verwerende partij in haar gunningsbeslissing op grond van onjuiste elementen de offerte van verzoekster als nietig beschouwt wegens de afwezigheid van verzoekende partij op een in het bestek voorzien informatiemoment;
> Terwijl de verwerende partij op een zorgvuldige wijze het bijzonder bestek dient te lezen en toe te passen, doch door haar foutieve lezing van het bestek tot een onzorgvuldige interpretatie en toepassing van het bestek komt,
> Terwijl de opdracht moet worden toegewezen op basis van de gunningscriteria zoals vermeld in het bestek en dat de gunningsbeslissing afdoende moet worden gemotiveerd aan de hand van feitelijk juiste en in rechte pertinente elementen, doch het bestuur op grond van niet draagkrachtige elementen tot de vaststelling komt dat de offerte van verzoekende partij onregelmatig en dus nietig zou zijn,
> Zodat de opdracht niet is toegewezen aan de verzoekster die de voordeligste regelmatige offerte heeft ingediend; de offerte van verzoekende partij regelmatig is en zij als beste gerangschikte regelmatige inschrijver recht heeft op de toewijzing van de voorliggende opdracht en zodoende de bestreden beslissing door machtsoverschrijding is aangetast."

In de eerste plaats merkt verzoekende partij op dat verwerende partij een foutieve lezing geeft aan artikel 1.6.2. van het bestek. Verzoekende partij betoogt dat daarin “enkel [wordt] gesteld dat het informatiemoment zelf enkel en alleen op 9 december 2011 doorgaat, zonder dat er ook maar enige verplichting is om op dat informatiemoment aanwezig te zijn. Het bestuur organiseert met andere woorden geen ander bijkomend informatiemoment. Er is enkel één informatiemoment dat verplicht op 9 december 2011 doorgaat”. Hiervoor geeft zij een aantal taalkundige argumenten.

Vervolgens argumenteert verzoekende partij dat, indien aangenomen zou worden dat artikel 1.6.2. van het bestek toch een verplichte aanwezigheid inhoudt tijdens het informatiemoment van 9 december 2011, de motieven die verwerende partij aanhaalt om de onregelmatigheid en de nietigheid te staven, niet draagkrachtig zijn en haaks staan op elkaar. Bijgevolg staven ze niet dat de beweerde afwijking van het bestek een afwijking van een essentiële bestekbepaling inhoudt zodat de materiële motiveringsplicht is geschonden. Zij meent dat, wanneer de inschrijver aldus niet aanwezig was op het informatiemoment van 9 december 2011, dergelijke afwijking van het besteksvoorschrift als een relatieve onregelmatigheid moet worden beschouwd en dat de bestreden beslissing dan in haar motivering inhoudelijk tegenstrijdig is door gelijktijdig de relatieve en de substantiële onregelmatigheid vast te stellen. Vervolgens haalt verzoekende partij een aantal elementen aan die volgens haar “pleiten” voor een kwalificatie als een relatieve onregelmatigheid.

Ten slotte erkent verzoekende partij dat de aanbestedende overheid een offerte wegens een relatieve onregelmatigheid als nietig kan beschouwen maar zij meent dat de vereiste pertinente, draagkrachtige motieven niet terug te vinden zijn in de bestreden beslissing.

7. Verwerende partij antwoordt dat het bestek wel degelijk voorschrijft dat het informatiemoment verplicht is. Verder betwist verwerende partij dat zij het niet aanwezig zijn op het informatiemoment van 9 december 2011 als een absolute onregelmatigheid beschouwt nu in het intrekkingsbesluit en het gunningsbesluit van 13 augustus 2012 wordt vermeld dat het een relatieve

onregelmatigheid betreft. Zij merkt op dat verzoekende partij zelf erkent dat ook een relatieve onregelmatigheid kan leiden tot het weren van de offerte en betoogt dat de redenen om de offerte op grond van deze relatieve onregelmatigheid te weren, duidelijk in de beslissingen van 13 augustus 2012 worden vermeld, namelijk het oordeel van het college van burgemeester en schepenen dat "de aanwezigheid van alle inschrijvers noodzakelijk was om de gelijkheid tussen de inschrijvers te garanderen, alsook dat deze aanwezigheid voor haar essentieel was".

Beoordeling

8. In de huidige stand van het geding mag worden aangenomen dat het informatiemoment wel degelijk als verplicht in het bestek werd opgenomen. Het woord "verplicht" lijkt te slaan op "het informatiemoment" en niet op de datum op zich wat in dit laatste geval zou wijzen op het feit dat er slechts één informatiemoment wordt gegeven.

9. In de eerste plaats dient een aanbestedende overheid vast te stellen of de afwijking al dan niet een essentiële besteksbepaling betreft. In de bestreden beslissing is er sprake van een relatieve onregelmatigheid doch ook van een essentiële besteksbepaling. Uit haar nota en haar intrekkingsbeslissing blijkt dat verwerende partij meent dat de afwijking slechts gesanctioneerd mag worden met een relatieve onregelmatigheid van de offerte. Deze stelling wordt ter zitting nogmaals uitdrukkelijk bevestigd wat als in wezen niet anders lijkt te moeten worden uitgelegd als dat verwerende partij zelf afstand doet van haar motief in de bestreden beslissing dat het om een essentiële besteksbepaling zou gaan. Het lijkt in die omstandigheden en in de huidige stand van het geding niet aan de Raad van State hier anders over te oordelen.

10. In het geval een aanbestedende overheid meent dat het om een relatieve onregelmatigheid gaat, is zij vrij om de offerte al dan niet als onregelmatig te weren, zij het dat die discretionaire beoordelingsbevoegdheid steeds in het licht van de concrete beschikbare gegevens moet worden uitgeoefend. De beoordeling moet uitgaan van aanvaardbare motieven die voortvloeien uit zorgvuldig onderzoek, motieven die uit de beslissing zelf dienen te blijken.

11. In de bestreden beslissing wordt de relatieve onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij niet afdoende gemotiveerd door te stellen dat het om een essentiële bestekbepaling zou gaan, motivering waarop verzoekende partij thans trouwens uitdrukkelijk terugkomt.

In zoverre de motivering van het intrekkingsbesluit van dezelfde dag hier bij de beoordeling wordt betrokken, wordt daar het weren van de offerte van verzoekende partij beschouwd als een relatieve onregelmatigheid. Er wordt overwogen dat het aldus aan het college van burgemeester en schepenen toekomt om de offerte al dan niet te weren en dat het college dit "opportuun acht teneinde de gelijke behandeling van de inschrijvers te garanderen de offerte van de b.v.b.a. Madoc te weren".

Daargelaten de vraag of al met deze motivering in de intrekkingsbeslissing rekening mag worden gehouden nu deze niet is opgenomen in de bestreden gunningsbeslissing, lijkt dit geen afdoende formele motivering nu niet blijkt waarom dit "opportuun" wordt geacht om de gelijke behandeling te garanderen. Het is ook niet spontaan duidelijk waarom de gelijkheid onder de inschrijvers is geschonden.

Het eerste middel is in die mate ernstig en volstaat om de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te bevelen van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing voor zover het de onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partij betreft en de toewijzing van de opdracht aan de bvba Bailleul Ontwerpbureau. De Raad van State ziet niet in welk bijkomend voordeel verzoekende partij zou putten uit de schorsing van de tenuitvoerlegging van de impliciete beslissing om de opdracht niet aan haar te gunnen. Haar belang lijkt door de hierna te bevelen schorsing voldoende te zijn gevrijwaard.

VII. Onderzoek van het enig middel in de zaak A. 206.494/XII-7088

Standpunt van de partijen

12. Verzoekende partij voert de schending aan van het legaliteitsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel, van het beginsel dat verkregen individuele situaties onaantastbaar zijn, zoals toegepast in de leer inzake de onmogelijkheid tot intrekking van een regelmatige bestuurshandeling met een individuele draagwijdte die rechten verleent aan derden, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de formele motivering van de bestuurshandelingen, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid van het beginsel inzake de materiële-motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*,van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessie voor openbare werken:

> "Doordat de verwerende partij is overgegaan tot de intrekking van een rechtsgeldige en regelmatige bestuurshandeling met een individuele draagwijdte die rechten verleent aan verzoekende partij; dat de verwerende partij zich daarbij heeft gesteund op de beweerde onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij;
> Doordat de verwerende partij op grond van niet draagkrachtige motieven de offerte van verzoekende partij als onregelmatig beschouwt en haar intrekkingsbeslissing steunt op niet draagkrachtige motieven;
> Doordat het bestuur op grond van onjuiste elementen de offerte van verzoekster als nietig beschouwt wegens de afwezigheid van verzoekende partij op een in het bestek voorzien informatiemoment;
> Terwijl het rechtszekerheidsbeginsel en het legaliteitsbeginsel zich verzetten tegen de intrekking van rechtgeldige bestuurshandelingen met individuele draagwijdte [die] rechten verlenen aan een derde;
> Terwijl verwerende partij haar bestuurshandelingen op zorgvuldige wijze moet stellen en op grond van juiste elementen moet motiveren;
> Zodat de gunningsbeslissing die de opdracht toewijst aan verzoekster, op onrechtmatige wijze is ingetrokken en zodoende de bestreden beslissing door machtsoverschrijding is aangetast."

In de toelichting benadrukt verzoekende partij dat de intrekkingsbeslissing gebrekkig is gemotiveerd op het punt van de beweerde onregelmatigheid van haar offerte, dat haar offerte aldus niet onregelmatig was, dat de eerder genomen gunningsbeslissing van 2 juli 2012 rechtsgeldig is en rechtstreekse rechten verstrekt aan verzoekende partij en dat ze bijgevolg niet ingetrokken kon worden.

In de eerste plaats merkt zij met zelfde argumenten als in het eerste middel van de zaak A. 206.252/XII-7059 op dat verwerende partij een foutieve lezing geeft aan haar bestekbepalingen door de aanwezigheid op het informatiemoment verplicht te stellen.

Daarna meent zij dat, aangenomen dat de aanwezigheid op het informatiemoment van 9 december 2011 toch verplicht zou zijn, de motieven om de onregelmatigheid en het weren te staven niet draagkrachtig zijn. Ze kunnen bijgevolg volgens verzoekende partij "niet staven dat de beweerde afwijking van het bestek een schending van het gelijkheidsbeginsel inhoudt" en "de materiële motiveringsplicht is bijgevolg geschonden omdat verwerende [partij] enkel stelt dat zij het 'opportuun acht teneinde de gelijke behandeling van de inschrijvers te garanderen de offerte van bvba Madoc te weren'". Verzoekende partij haalt opnieuw haar redenen aan die "pleiten" voor een kwalificatie van die afwezigheid als een relatieve en niet als een substantiële onregelmatigheid. Zij wijst er onder meer op dat artikel 1.6.2. van het bestek waar er sprake is van "het informatiemoment (verplicht) op 9 december 2011", geen impact heeft gehad op de mededinging en dat haar afwezigheid er niet toe heeft geleid dat de offertes onvergelijkbaar worden of de vergelijking aanzienlijk bemoeilijkt.

Ten slotte wordt onder "schending van het vertrouwensbeginsel" opgemerkt dat verwerende partij een bepaald vertrouwen heeft opgewerkt door de telefonische mededeling van haar aangestelde en door aan verzoekende partij toelating te geven haar voorstel toe te lichten.

13. Verwerende partij merkt op dat de aanwezigheid tijdens het informatiemoment wel degelijk verplicht was doch dat het om een bepaling gaat die bij niet-naleving als sanctie slechts een relatieve nietigheid oplevert. Zij meent

dat in de bestreden intrekkingsbeslissing afdoende de reden van het toepassen van de relatieve nietigheid op de offerte van verzoekende partij aan bod komt, namelijk dat de aanwezigheid van alle inschrijvers noodzakelijk was om de gelijkheid tussen de inschrijvers te garanderen.

Beoordeling

14. Gelet op de beoordeling van het eerste middel in de zaak A. 206.252/XII-7059 dat, met uitzondering van het onderdeel dat een schending van het vertrouwensbeginsel aanvoert, een zelfde strekking heeft als het hier te beoordelen middel, kan *brevitatis causa* worden verwezen naar deze beoordeling om het middel ernstig te bevinden. Dit geldt des te meer gelet op het betrekken van de motivering van de intrekkingsbeslissing bij de beoordeling van het eerste middel in de zaak A. 206.252/XII-7059.

Het enig middel is in die mate dan ook ernstig en volstaat om de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te bevelen van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing.

BESLISSING

1. De zaken nrs. A. 206.252/XII-7059 en A. 206.494/XII-7088 worden gevoegd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 13 augustus 2012 van het college van burgemeester en schepen van de stad Nieuwpoort waarbij de opdracht op grond van het bestek "Bezoekerscentrum 'De Ganzenpoot' - ontwerp en gedeeltelijke realisatie binneninrichting" wordt gegund aan de bvba Bailleul Ontwerpbureau en waarbij de offerte van de bvba Madoc als nietig wordt beschouwd en van de beslissing van 13 augustus 2012 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Nieuwpoort waarbij het zijn beslissing van 2 juli 2012 houdende toewijzing van de opdracht aan de bvba Madoc intrekt.

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 oktober 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Pierre Barra**