RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 204.015 van 18 mei 2010
in de zaak A. 196.312/XII-6181

In zake: de NV ZAVENTEM AIRWAY CAMPUS (NV ZAC)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bruno De Winter en Carlo Van Caekenberg
kantoor houdend te Gent
Stapelplein 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de REGIE DER GEBOUWEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partijen:

1. de POST NV van publiek recht
2. IRET Comm. VA

samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap DE POST-IRET
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kaat Leus en Arne Vandaele
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen
en eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Barteld Schutyser

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 27 april 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[d]e beslissing van 12 april 2010 van de Vice-Eerste Minister en Minister van Financiën, bevoegd voor de Regie der Gebouwen om de opdracht: 'Promotieovereenkomst voor de terbeschikkingstelling via een huurcontract van 18 jaar, verlengbaar met periodes van 3 jaar, van een gebouw voor de huisvesting in Aalst van de plaatselijke diensten van de FOD's Financiën, Justitie, WASO en de Regie der Gebouwen, Bijzonder

Bestek Nr. 2009/410000/021A', toe te wijzen aan het consortium NV van publiek recht DE POST en de Comm. Ven. IRET, hetgeen tevens de beslissing tot niet-gunning aan de NV ZAC omvat".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 mei 2010, om 10.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Bruno De Winter en Carlo Van Caekenberg, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Leopold Schellekens, die loco advocaat David D'Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Arne Vandaele en Barteld Schutyser, die verschijnen voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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 verwerende partij schrijft een beperkte offerteaanvraag uit met als voorwerp "Promotieovereenkomst voor terbeschikkingstelling via huurcontract van 18 j, van gebouw in Aalst voor FOD's Financiën, Justitie, Waso en Regie der Gebouwen". De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 31 oktober 2007 en in het Europees Publicatieblad op 2 november 2007.

3.2. Er worden drie aanvragen tot deelneming ingediend. Op 19 augustus 2008 worden deze drie kandidaten, met name de nv RCK Projectontwikkeling, de nv van publiek recht De Post, Real Estate, en de

nv Zaventem Airway Campus, te dezen de verzoekende partij, geselecteerd en wordt beslist dat zij allen zullen worden uitgenodigd om een offerte in te dienen.

3.3. Bij brief van 17 september 2008 worden de kandidaten effectief uitgenodigd om een offerte in te dienen tegen 17 maart 2009 en wordt hen het bestek meegedeeld.

3.4. Het bestek bepaalt onder meer dat de inschrijvers bij hun offerte ofwel de uitvoerbare of reeds uitgevoerde bouwvergunning dienen te voegen die volledig overeenstemt met het in de offerte aangeboden gebouw of ontwerp, ofwel het bewijs dat de bouwaanvraag van het in de offerte aangeboden ontwerp werd ingediend. Enkel de offertes waarvan het bijgevoegde ontwerp door een volledig overeenstemmende uitvoerbare bouwvergunning wordt bekrachtigd, zullen worden beoordeeld. Ingeval een bouwvergunning wordt geweigerd of slechts toegestaan met wijzigingen aan het ontwerp, wordt de offerte als nietig beschouwd. Tevens wordt erop gewezen dat de beoordeling van de offertes ten laatste 90 kalenderdagen ingaand de dag na de opening van de offertes, dus op 15 juni 2009, zal aanvangen. De ontwerpen waarvan over de bouwaanvragen op dat moment nog geen resultaat bekend is, zullen als nietig worden beschouwd.

3.5. In een brief van 6 maart 2009 aan de verwerende partij wijst de verzoekende partij op een aantal vermeende onduidelijkheden en onwettigheden in het bestek en vraagt zij om de opening van de offertes te verdagen naar een latere datum.

3.6. Met een schrijven van 12 maart 2009 deelt de verwerende partij mee dat zij op dit verzoek niet kan ingaan en betwist zij de kritieken van de verzoekende partij.

3.7. Vervolgens dienen de drie geselecteerde kandidaten, waaronder de verzoekende partij, op 17 maart 2009 een offerte in.

3.8. In het gunningsverslag van 28 oktober 2009 wordt vervolgens besloten tot de substantiële onregelmatigheid van de offertes van de drie inschrijvers en wordt voorgesteld om de lopende gunningsprocedure stop te zetten en over te gaan tot een heraanbesteding onder de vorm van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

3.9. Op 23 november 2009 beslist de verwerende partij tot stopzetting van de gunningsprocedure, tot niet-toewijzing van de opdracht en tot het heraanbesteden van de opdracht onder de vorm van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

3.10. Op 1 december 2009 wordt de voormelde beslissing meegedeeld aan de verzoekende partij, aan de tijdelijke handelsvennootschap De Post - IRET en aan nv RCK Projectontwikkeling en worden zij allen uitgenodigd om deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

Als bijlage bij het schrijven wordt het nieuwe bestek gevoegd. Het bestek bepaalt onder meer dat de inschrijvers bij hun offerte een kopie van de uitvoerbare of reeds uitgevoerde bouwvergunning dienen te voegen die volledig overeenstemt met het in de offerte aangeboden gebouw of ontwerp. Tevens wordt bepaald dat de offertes die niet aan deze voorwaarde voldoen, niet beoordeeld zullen worden.

In dit schrijven wordt tevens aangekondigd dat de opening van de offertes zal plaatsvinden op 14 december 2009, zoals ook is vermeld op de eerste bladzijde van het bestek. Onder artikel 104 van het bestek wordt weliswaar ook gewag gemaakt van 11 december 2009 als uiterste datum van indiening van de offertes.

3.11. Bij brief van 6 december 2009 deelt de raadsman van de verzoekende partij aan de verwerende partij mee dat de termijn voor de indiening van de offertes onredelijk kort is, de gelijkheid van de inschrijvers schendt en de mededinging in het kader van de nieuwe procedure onmogelijk maakt. De verzoekende partij vraagt de verwerende partij om een termijn van minstens 9 maanden te willen toestaan voor het indienen van de offertes.

3.12. Met een schrijven van 7 december 2009 deelt de verwerende partij mee dat de termijn voor alle inschrijvers dezelfde is en voortvloeit uit de planning waarin is voorzien dat het gebouw in gebruik wordt genomen tegen uiterlijk eind november 2011. Tevens wordt erop gewezen dat de verzoekende partij net als de andere inschrijvers bij de initiële offerteaanvraag reeds over een termijn van zes maanden beschikte om een offerte in te dienen.

3.13. Op 8 december 2009 stelt de verzoekende partij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in tegen de beslissing tot goedkeuring van het bestek 2009/410000/21A, in het bijzonder de bestekbepaling waarbij wordt gesteld dat de offertes uiterlijk maandag 14 december 2009 om 12.00 uur moeten worden ingediend, evenals tegen de beslissing van 23 november 2009 van de Vice-Eerste Minister en Minister van Financiën, bevoegd voor de Regie der Gebouwen tot het heraanbesteden van de opdracht onder de vorm van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking - zaak gekend onder het rolnummer A.194.842/XII-6051.

3.14. Vervolgens wordt de verwerende partij door de verzoekende partij gedagvaard in kortgeding. Bij beschikking van 11 december 2009 beveelt de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent de verwerende partij om in afwachting van de uitspraak van de Raad van State inzake het verzoek tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid de termijn voor de indiening van de offertes en de datum van de opening van de offertes met minstens 10 dagen uit te stellen tot 24 december 2009, wordt een verbod opgelegd om de termijn voor de indiening en de opening van de offertes te laten plaatsvinden op 14 december 2009, op straffe van verbeurte van een dwangsom, wordt de verwerende partij verplicht om de termijn voor het indienen van de offertes en de opening ervan uit te stellen tot de uitspraak van de Raad van State en wordt de verwerende partij verplicht om de kandidaat-inschrijvers van de nieuwe datum voor het indienen van de offertes en de opening van de offertes te verwittigen.

3.15. Bij brief van 14 december 2009 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat in navolging van de voormelde beschikking de termijn voor het indienen van de offertes wordt uitgesteld tot 24 december 2009, 12 uur. Tevens wordt meegedeeld dat indien het arrest van de Raad van State op dat ogenblik nog niet beschikbaar is, de indiening en de opening van de offertes nogmaals zal moeten worden uitgesteld, uitstel waarvan de verzoekende partij op de hoogte zal worden gesteld.

3.16. Met een schrijven van 24 december 2009 wordt aan de drie kandidaat-inschrijvers die uitgenodigd werden deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking meegedeeld dat aangezien er nog geen arrest van de Raad van State is tussengekomen op de gestelde datum van

24 december 2009, de uiterste ontvangstdatum van de offertes wordt vastgesteld op 5 januari 2010 om 12.00 uur.

3.17. Bij arrest nr. 199.284 van 29 december 2009 verwerpt de Raad van State voormelde vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid aangezien volgens de Raad niet is aangetoond dat de verzoekende partij door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan.

3.18. Op 5 januari 2010 dienen twee inschrijvers een offerte in, met name de verzoekende partij en de tijdelijke handelsvennootschap De Post - IRET.

De nv RCK Projectontwikkeling laat schriftelijk weten niet te kunnen deelnemen omdat haar eerder bij de beperkte offerteaanvraag ingediende project nog steeds niet is vergund.

3.19. In het gunningsverslag van 16 februari 2010 wordt voorgesteld om de offerte van de verzoekende partij uit te sluiten en de opdracht toe te wijzen aan de tijdelijke handelsvennootschap De Post - IRET.

3.20. Op 12 april 2010 beslist de Vice-Eerste Minister en Minister van Financiën, in navolging van het gunningsverslag, dat de offerte van de verzoekende partij niet voldoet aan de essentiële eisen van het bestek om de redenen uiteengezet in het gunningsverslag, die in deze beslissing als volgt beknopt worden toegelicht:

> "- Uit de bijkomende inlichtingen geleverd door de nv ZAC, waarbij voor het eerst een voorstel tot invulling van de bezetting werd gedaan, zij het enkel op niveau van de FOD's en niet op niveau van functies en lokalen, blijkt dat de totale aangeboden beschikbare oppervlakte ruim ontoereikend is om het behoefteprogramma opgenomen in het bestek te realiseren. Ten opzichte van het behoefteprogramma (uitgedrukt in netto-oppervlakte) is er netto een tekort van 489,94 m2 of -6,73 %. De offerte voldoet dus niet aan de essentiële eisen van het bestek, waardoor het door de opdracht beoogde resultaat niet kan worden bereikt. Deze tekortkoming t.o.v. de essentiële eisen van het bestek kan zelfs binnen het kader van de onderhandelingsprocedure niet worden ongedaan gemaakt zonder de gelijke behandeling van alle inschrijvers te schenden;
>
> - Het aangeboden gebouw kan, volgens de bij de bijkomende inlichtingen gevoegde verklaring van een architect, niet voldoen aan de gestelde minimumeisen inzake energieprestatie zonder de uitvoering van ingrijpende, vergunningsplichtige werken, waarvan zelfs geen ontwerp bij de offerte is gevoegd, laat staan enige informatie omtrent de aanvraag of het bekomen van

de bouwvergunning en dit ondanks het feit dat de nv ZAC al sedert de terbeschikkingstelling van het bestek op 17 september 2008, in het kader van de initiële beperkte offerteaanvraag, op de hoogte was van alle voorwaarden van de opdracht. Ook hier voldoet de offerte niet aan de essentiële eisen van het bestek, waardoor het door de opdracht beoogde resultaat niet kan worden bereikt. Deze tekortkoming t.o.v. de essentiële eisen van het bestek kan zelfs binnen het kader van de onderhandelingsprocedure niet worden ongedaan gemaakt zonder de gelijke behandeling van alle inschrijvers te schenden;

- Bovendien is de planning die geleverd werd bij de bijkomende inlichtingen te summier en kan er niet worden nagegaan of deze planning realistisch is omdat er geen enkele indicatie in de offerte zit omtrent de aard en het eindresultaat (o.a. de herindeling en de afwerking van de lokalen) van de werken;

- Er is ook grote onduidelijkheid over de detaillering van de jaarlijkse basishuurprijs. De samenstelling ervan die werd geleverd als antwoord op de vraag van de Regie der Gebouwen om bijkomende inlichtingen, verschilt grondig van de samenstelling in het huurcontract bij de offerte".

Aangezien er na de uitsluiting van de offerte van de verzoekende partij slechts één offerte overblijft, is de verwerende partij van oordeel dat de quotering van de resterende offerte aan de hand van de gunningscriteria geen zin heeft en wordt enkel nagegaan of de offerte van de tijdelijke handelsvennootschap De Post - IRET inhoudelijk voldoet aan de essentiële eisen van het bestek.

Vervolgens wordt beslist om de opdracht toe te wijzen aan de tussenkomende partijen, voor een jaarlijks basishuurbedrag van 1.510.254,00 euro. Dit is de thans bestreden beslissing.

3.21. Bij brief van 13 april 2010 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van voormelde toewijzingsbeslissing, evenals van het feit dat haar offerte "niet werd weerhouden". Tevens wordt meegedeeld dat de verwerende partij, in toepassing van artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna: de overheidsopdrachtenwet), een wachttermijn in acht zal nemen van 15 kalenderdagen alvorens de opdracht te betekenen.

IV. Tussenkomst

4. Met een op 5 mei 2010 ter post aangetekend verzoekschrift vragen de Post nv van publiek recht en IRET Comm. VA, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap De Post - IRET, om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet hun verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

A. Voorwerp van de vordering

5. De vordering tot schorsing is naast de bestreden toewijzingsbeslissing eveneens gericht tegen “de beslissing tot niet-gunning aan de NV ZAC”.

Beoordeling

6. De verzoekende partij toont niet aan welk bijkomend voordeel de schorsing van de impliciete beslissing om de opdracht niet aan haar toe te wijzen haar zou verschaffen, zodat haar het belang bij dit deel van de vordering dient te worden ontzegd.

B. Belang

7. De tussenkomende partijen betwisten het belang van de verzoekende partij bij de vordering tot schorsing en werpen daartoe een exceptie op. De verzoekende partij zou “wetens en willens” een substantieel onregelmatige offerte hebben ingediend.

Beoordeling

8. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing zijn vervuld, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

9. Overeenkomstig 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.

VII. Beoordeling van de tweede schorsingsvoorwaarde

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

10. Het eerste middel is genomen uit de schending van het beginsel van gelijke behandeling zoals uitgedrukt in de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het gelijkheidsbeginsel en redelijkheidsbeginsel, het beginsel van mededinging zoals uitgedrukt in de voormelde richtlijnen en artikel 1 van de overheidsopdrachtenwet, evenals uit de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna: de motiveringswet).

De verzoekende partij wijst erop dat de in het bestek voorziene termijn van 13 dagen voor het indienen van de offertes, waarbij eveneens de voorwaarde van het beschikken over een bouw- en milieuvergunning wordt opgelegd, kennelijk onredelijk is, de gelijke behandeling van de inschrijvers schaadt en elke mogelijke mededinging uitsluit. Bovendien zou hiervoor geen materiële, noch een formele motivering voorhanden zijn.

Het gegeven dat de oorspronkelijk voorziene termijn van 13 dagen uiteindelijk, ten gevolge van door de verzoekende partij ondernomen gerechtelijke stappen, werd verlengd met een periode van 22 dagen, verandert volgens haar niets aan het onredelijk kort karakter ervan, nu het verkrijgen van de noodzakelijke

bouwvergunning binnen deze termijn nog steeds onmogelijk is. Dit veronderstelt volgens de verzoekende partij een termijn van minimum 9 maanden.

Volgens de verzoekende partij was de in het kader van de eerste procedure voorziene termijn van 6 maanden voor het indienen van de offertes, gelet op de complexiteit van de opdracht, voor alle inschrijvers onhaalbaar.

Door in het kader van de tweede procedure een onredelijk korte termijn op te nemen, wist de verwerende partij volgens de verzoekende partij ook met zekerheid dat *de facto* enkel zou worden onderhandeld met de tijdelijke handelsvennootschap De Post - IRET, gezien dit de enige inschrijver was die reeds over de vereiste bouw- en milieuvergunningen beschikte.

Volgens de verzoekende partij mag met de oorspronkelijke termijn van zes maanden geen rekening worden gehouden bij de beoordeling van de nieuwe termijn. Volgens de verzoekende partij kan van haar immers niet worden verwacht dat zij had moeten voorzien dat aansluitend op de beperkte offerteaanvraag, waarin zij reeds meedeelde dat de daarin voorziene termijn van zes maanden irrealistisch voorkwam, een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking zou worden opgestart, waarin opnieuw een nog veel kortere termijn zou worden opgenomen.

Zij wijst er tevens op dat zij in het kader van de eerste procedure er geenszins vrijwillig voor gekozen heeft om een offerte in te dienen waarvoor geen bouwvergunning diende te worden bekomen aangezien zij toen al heeft opgemerkt dat de termijn te kort was, waardoor zij genoodzaakt was om op minder concurrentiële wijze in te schrijven. Uit het huidige gunningsverslag blijkt volgens haar duidelijk dat zij zonder vergunningsplichtige werken nooit kon voldoen aan de technische vereisten van zowel het eerste als het tweede bestek.

Ook het schrijven van 7 december 2009 betreffende de vermeende planning, biedt volgens de verzoekende partij geen ernstige verantwoording voor de onredelijk korte termijn. Volgens haar is de aanbestedende overheid zelf verantwoordelijk voor het in het gedrang komen van de planning door meer dan zes maanden te wachten om een beslissing tot niet-gunning te nemen. Bovendien valt op dat de aanbestedende overheid er wederom drie maanden over heeft gedaan om tot een gunningsbeslissing te komen, terwijl de inschrijvers een termijn van amper 13 dagen werd gegeven.

Alle vier de motieven om de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig af te wijzen zijn volgens haar een rechtstreeks en onrechtstreeks gevolg van de afwezigheid van een redelijke termijn voor het verkrijgen van een uitvoerbare bouwvergunning.

Ten slotte wijst de verzoekende partij er nog op dat voor de onderhandelingsprocedure met bekendmaking artikel 7 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (hierna: het koninklijk besluit van 8 januari 1996), expliciet de verplichting oplegt om bij de vaststelling van de termijnen voor de ontvangst van de offertes rekening te houden met de complexiteit van de opdracht en met de nodige voorbereidingstijd van de offertes.

Beoordeling

11.1. Door de partijen wordt niet betwist dat de initiële inschrijvingstermijn zoals vermeld in het bestek werd verlengd, dat alle inschrijvers hiervan op gelijke wijze op de hoogte werden gebracht en dat de totale inschrijvingstermijn uiteindelijk 35 dagen bedroeg. Voor de beoordeling van het middel lijkt dan ook rekening gehouden te moeten worden met deze termijn van 35 dagen.

11.2. Artikel 7 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt voor wat betreft de overheidsopdrachten voor aanneming van werken die het Europese drempelbedrag overschrijden dat bij de vaststelling van de termijnen voor de ontvangst van de aanvragen tot deelneming en offertes, de aanbestedende overheid inzonderheid rekening dient te houden met de complexiteit van de opdracht en met de nodige voorbereidingstijd van de offertes.

Op het eerste zicht geldt deze algemene verplichting, die te dezen van toepassing lijkt, ook in geval van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

11.3. Te dezen moet worden vastgesteld dat de huidige onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking volgt op een beperkte

offerteaanvraag die werd stopgezet aangezien enkel onregelmatige offertes werden ingediend.

Voor de beoordeling van de complexiteit van de opdracht en de nodige voorbereidingstijd van de offertes kan op het eerste gezicht in het voorliggende geval rekening worden gehouden met de voorafgaande beperkte offerteaanvraag, de voorbereidingstijd die de inschrijvers in het kader van die procedure reeds hebben gekregen en het feit dat de besteksbepalingen in het kader van de nieuwe opdracht grotendeels werden hernomen.

De toegekende termijn wordt daarnaast door de verwerende partij nog gemotiveerd door het aflopen van de huidige huurovereenkomst eind december 2011 zodat tegen die datum de diensten verhuisd zouden moeten zijn naar een nieuwe locatie.

In het licht van het geheel van voormelde elementen lijkt een termijn van 35 dagen niet onredelijk.

Voorts leidt de verklaring van de architect van de verzoekende partij in het kader van de onderhandelingsprocedure dat het aangeboden gebouw niet kan voldoen aan de gestelde minimumeisen inzake energieprestatie zonder vergunningsplichtige werken, niet tot een andere opvatting.

11.4. Voor wat betreft de beweerde schending van het gelijkheidsbeginsel, valt op te merken dat de verwerende partij in toepassing van artikel 17, § 2, 1/, d) van de overheidsopdrachtenwet slechts de drie inschrijvers die reeds hadden deelgenomen aan de eerste procedure heeft uitgenodigd om deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Alle gegadigden hebben eenzelfde termijn gekregen om hun offerte voor te bereiden.

Volgens het toepasselijke bestek lijkt het bijvoegen van een uitvoerbare vergunning enkel vereist indien in vergunningsplichtige werken wordt voorzien. Tevens lijkt te moeten worden vastgesteld dat de verzoekende partij in het kader van de eerste procedure, ondanks de termijn van zes maanden voor het indienen van de offerte en een termijn van negen maanden voor het verkrijgen van de vergunning, er zelf bewust voor heeft gekozen om een offerte in te dienen met

enkel niet-vergunningsplichtige aanpassingen en dit in tegenstelling tot de overige twee inschrijvers.

In die omstandigheden lijkt niet aangetoond te zijn dat het gelijkheidsbeginsel werd geschonden.

11.5. In verband met de beweerde schending van “het beginsel van mededinging” wordt ten slotte nog vastgesteld dat in de gevallen vermeld in artikel 17, § 2, van de overheidsopdrachtenwet gebruik kan worden gemaakt van een onderhandelingsprocedure, zonder naleving van de bekendmakingsregels bij aanvang van de procedure, doch, indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstverleners.

De verwerende partij blijkt ook effectief drie kandidaten te hebben geraadpleegd in het kader van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

Zowel het feit dat de verzoekende partij zelf blijkbaar op geen enkel ogenblik aanstalten lijkt te hebben gemaakt om een bouwvergunning aan te vragen, als het feit dat de nv RCK Projectontwikkeling blijkbaar geen bouwvergunning had gekregen voor haar project, waardoor uiteindelijk slechts één inschrijver in het kader van de tweede procedure een regelmatige offerte heeft ingediend, lijkt op het eerste gezicht niet toerekenbaar aan de verwerende partij.

11.6. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. Het tweede middel is, aldus het inleidend verzoekschrift, genomen uit de schending van artikel 17, § 2, 1/, d) van de overheidsopdrachtenwet, de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, het transparantiebeginsel zoals uitgedrukt in de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG en het beginsel van behoorlijk bestuur, inzonderheid het verbod op machtsafwending. Het middel wordt opgesplitst in drie onderdelen.

In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat geen toepassing kon worden gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op grond van de voornoemd artikel 17, § 2, 1/, d) aangezien ook inschrijvers bij de procedure worden betrokken die niet werden geselecteerd in het kader van de voorafgaande beperkte offerteaanvraag. Zij wijst er daarbij op dat de offerte van de tijdelijke handelsvennootschap De Post - IRET niet voldeed aan de formele eisen van het bestek, enerzijds omdat de huurovereenkomst niet ondertekend was door de leden van de tijdelijke handelsvennootschap, anderzijds omdat zij niet over een uitvoerbare bouwvergunning beschikten, nu deze slechts uitvoerbaar zou zijn bij het verkrijgen van een milieuvergunning, hetgeen pas nadien geschiedde.

In een tweede onderdeel merkt zij op dat de opdracht niet kon worden gegund met toepassing van voormelde bepaling nu, gelet op de onredelijk korte termijn om een offerte in te dienen, *de facto* maar één inschrijver in aanmerking komt voor de onderhandelingen. Aangezien de verwerende partij op voorhand wist dat slechts één inschrijver binnen deze termijn een geldige offerte kon indienen, wordt het doel van de onderhandelingsprocedure door de verwerende partij miskend.

In een derde onderdeel stelt de verzoekende partij nog dat geen toepassing gemaakt kon worden van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking aangezien in het kader van deze procedure een nieuwe inschrijver wordt toegelaten, met name de nv Postsite Aalst, die geen inschrijver was bij de eerste gunningsprocedure. Zij verwijst hiervoor naar een hypothecair getuigschrift waaruit blijkt dat de nv Postsite Aalst reeds sinds 17 maart 2009, dit is op het ogenblik van het indienen van de offerte in de eerste gunningsprocedure, opstalhouder en eigenaar is van het gebouw dat het voorwerp uitmaakt van de offerte van de tijdelijke handelsvennootschap De Post - IRET. De verzoekende partij wijst erop dat het blijkbaar de bedoeling is van de tijdelijke handelsvennootschap De Post-IRET dat de NV Postsite Aalst als enige de verbintenissen van de inschrijvers zou uitvoeren.

Beoordeling

13. Vooreerst dient vastgesteld te worden dat de verzoekende partij

nalaat in haar middel op concrete wijze uiteen te zetten waarom de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, het transparantiebeginsel zoals uitgedrukt in de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG en het beginsel van behoorlijk bestuur, inzonderheid het verbod op machtsafwending geschouden zouden zijn zodat deze aspecten, zeker in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, niet kunnen worden onderzocht.

14.1. Het door de verwerende partij in de voorliggende zaak toegepaste en in dit middel ingeroepen artikel 17, § 2, 1/, d), van de overheidsopdrachtenwet luidt als volgt:

> "§ 2. Er kan bij onderhandelingsprocedure gehandeld worden zonder naleving van bekendmakingsregels bij de aanvang van de procedure doch, indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstverleners wanneer :
> 1/ In het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken, leveringen of diensten :
> [...]
> d) enkel onregelmatige offertes ingediend werden ingevolge aanbesteding of offerteaanvraag, of indien slechts onaanvaardbare prijzen voorgesteld werden, voor zover :
> - de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk gewijzigd werden en;
> - de aanbestedende overheid alle inschrijvers raadpleegt die voldoen aan de minimumeisen op beroeps-, economisch en technisch vlak, zoals bepaald door de Koning, en die een offerte indienen die aan de formele eisen van de eerste procedure voldeden".

14.2.1. Er valt op te merken dat het doel van het vereiste dat "de aanbestedende overheid alle inschrijvers raadpleegt die een offerte indienden die aan de formele eisen van de eerste procedure voldeed" erin lijkt te bestaan te vermijden dat de aanbestedende overheid zich op het onregelmatig of onaanvaardbaar karakter van de offerte zou beroepen om bij de onderhandelingsprocedure bepaalde gegadigden te weren.

Hieruit lijkt te volgen dat deze voorwaarde de aanbestedende overheid slechts lijkt toe te laten om enkel die inschrijvers uit de onderhandelingsprocedure te verwijderen die gedurende de eerste procedure hetzij geen offerte hebben ingediend, hetzij slechts een offerte hebben ingediend die niet ontvankelijk was op formeel of procedureel vlak, maar niet deze die een formeel ontvankelijke maar onregelmatige offerte hebben ingediend.

14.2.2. Artikel 120bis van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt daarnaast ook uitdrukkelijk dat in geval toepassing wordt gemaakt van artikel 17, § 2, 1/, d) van de overheidsopdrachtenwet enkel de inschrijvers mogen worden geraadpleegd die een offerte hebben ingediend die aan de daarin vermelde eisen voldoet.

14.2.3. Uit het gunningsverslag dat aanleiding gaf tot de beslissing van 23 november 2009 blijkt dat de nv in oprichting Postsite Aalst (opgericht door Comm.V.A. IRET en een gelieerde vennootschap) als enige het huurcontract van het ter beschikking te stellen gebouw heeft ondertekend dat bij de offerte van de tijdelijke handelsvennootschap De Post - IRET was gevoegd. De inschrijvers hebben de huurovereenkomst niet zelf ondertekend, maar onderaan op het huurcontract zijn wel de parafen te vinden van de gemandateerden van De Post en van IRET zoals deze te vinden zijn op alle bladzijden van hun offertebundel.

Na een analyse van de offerte van de tijdelijke handelsvennootschap De Post - IRET, in het bijzonder van bijlage 5 van de offerte aangaande de voorgestelde projectstructuur waarin wordt gesteld dat de huurovereenkomst enkel door nv Postsite Aalst wordt ondertekend omdat die op dat ogenblik eigenaar of erfpachthouder zal zijn van de verhuurde gebouwen en alle rechten en plichten zal overnemen van de inschrijvers De Post en IRET, wordt in het gunningsverslag geoordeeld dat er een duidelijke bedoeling is om de inschrijvers niet te binden voor de duur van de huurovereenkomst waardoor er geen enkele garantie zou zijn dat de initiële inschrijvers mee hoofdelijk aansprakelijk blijven tijdens de huurperiode.

14.2.4. Op het eerste gezicht, in de huidige stand van het geding, lijkt niet te kunnen worden aangenomen dat de offerte van de tijdelijke handelsvennootschap De Post - IRET niet voldeed aan “de formele eisen van de eerste procedure”. Het gebrek lijkt geen louter procedurevoorschrift te betreffen en lijkt ook niet zonder meer met een niet-ondertekening van de offerte te kunnen worden gelijkgesteld. De offerte was ondertekend door de inschrijvers en ook de huurovereenkomst was door hen geparafeerd. Bovendien was ook de huurovereenkomst ondertekend, doch niet door de inschrijvers zelf, wat door hen werd verklaard vanuit de voorgestelde projectstructuur. De aanbestedende overheid lijkt slechts tot haar besluit te zijn gekomen na onderzoek van de voorgestelde projectstructuur en bijgevolg ook een inhoudelijke beoordeling van de offerte.

14.2.5. Inzake de verwijzing door de verzoekende partij naar een vermeende tweede onregelmatigheid in de offerte van de tijdelijke handelsvennootschap De Post - IRET in het kader van de eerste gunningsprocedure, met name het beweerd ontbreken van een uitvoerbare stedenbouwkundige vergunning, valt in de eerste plaats op te merken dat van een dergelijke vermeende onregelmatigheid geen melding wordt gemaakt in de eerste gunningsbeslissing, noch in het gunningsverslag. Zelfs indien zou moeten worden aangenomen dat de offerte van de tijdelijke handelsvennootschap De Post - IRET daadwerkelijk met dergelijke onregelmatigheid was behept, valt op te merken dat dergelijke afwijking op het eerste gezicht evenmin betrekking heeft op de vormvereisten of de administratieve conformiteit van de offerte. Op het eerste gezicht was het bijvoegen van een uitvoerbare stedenbouwkundige vergunning slechts verplicht in geval vergunningsplichtige werken werden voorzien, wat eveneens een inhoudelijke beoordeling van de offerte lijkt te veronderstellen. Ten andere weze opgemerkt dat een dergelijke stedenbouwkundige vergunning, zelfs al zijn de rechtsgevolgen ervan tijdelijk opgeschorst, niet zonder rechtsgevolgen is.

14.2.6. Het eerste onderdeel van het tweede middel is niet ernstig.

14.3. De argumentatie die de verzoekende partij aanvoert onder het tweede onderdeel van het tweede middel kwam reeds aan bod bij het eerste middel. Het is dan ook niet ernstig om de redenen uiteengezet bij de beoordeling van het eerste middel.

14.4. Wat het derde onderdeel betreft blijkt uit het administratief dossier dat de offerte in het kader van de huidige procedure werd ingediend door de tijdelijke handelsvennootschap De Post - IRET en dat het dezelfde tijdelijke handelsvennootschap is die in het kader van de voorafgaande beperkte offerteaanvraag op 19 augustus 2008 werd geselecteerd en op 17 maart 2009 een offerte heeft ingediend. Het derde onderdeel van het tweede middel mist op dit punt dan ook feitelijke grondslag. De overige argumenten die de verzoekende partij aanhaalt in het kader van dit onderdeel houden verband met het derde middel**,** zodat het past deze daar te beoordelen.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

15. Een derde middel is, aldus het inleidend verzoekschrift, genomen uit de schending van artikel 22 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, van de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, van het transparantiebeginsel zoals uitgedrukt in de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG en van het beginsel van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel.

Volgens de verzoekende partij heeft de verwerende partij de opdracht ten onrechte toegewezen aan een inschrijver die niet voldeed aan de kwalitatieve selectie en de vereisten inzake financiële, economische en technische draagkracht, nu de tijdelijke handelsvennootschap en de leden ervan geen eigenaar of erfpachter zijn van de ter beschikking te stellen gebouwen en van de eigenaar zelf geen verbintenissen verwacht worden zodat de uitvoering in natura van de opdracht niet door de aanbestedende overheid kan worden afgedwongen.

De hoofdelijkheid van de verbintenissen van de inschrijvers kan volgens de verzoekende partij hoogstens betrekking hebben op het eventueel betalen van een schadevergoeding wegens het niet-nakomen van hun verbintenissen.

Ter ondersteuning van haar middel verwijst zij naar het gunningsverslag dat werd opgesteld in het kader van de beperkte offerteaanvraag waaruit blijkt dat de huurovereenkomst die bij de offerte van de tijdelijke handelsvennootschap De Post - IRET was gevoegd, enkel ondertekend was door de nv Postsite Aalst. Zelfs indien in het kader van de huidige procedure de oorspronkelijke leden van de tijdelijke handelsvennootschap de huurovereenkomst hebben ondertekend, biedt dit volgens de verzoekende partij nog steeds geen garantie omtrent de mogelijkheden om de goede uitvoering van de opdracht af te dwingen.

Beoordeling

16.1. De verzoekende partij laat in haar middel na op concrete wijze uiteen te zetten waarom de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, het transparantiebeginsel zoals uitgedrukt in de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG

en het beginsel van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel, te dezen geschonden zouden zijn, zodat deze aspecten van het middel, zeker in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid niet dienen te worden onderzocht.

16.2. Artikel 22 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, bepaalt dat, overeenkomstig artikel 16, de promotor moet voldoen aan de eisen inzake kwalitatieve selectie bepaald door de aanbestedende overheid op grond van de artikelen 17 tot 20ter van dit besluit. Deze bepalingen hebben betrekking op de uitsluitingsgronden en de vereisten van financiële en economische draagkracht en technische bekwaamheid.

16.3. Op het eerste gezicht houdt de opmerking van de verzoekende partij dat de tijdelijke handelsvennootschap en de leden ervan geen eigenaar of erfpachter zouden zijn van de ter beschikking te stellen gebouwen geen verband met voormelde vereisten en lijkt de verzoekende partij om deze reden dan ook geen schending aan te tonen van artikel 22 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Dit volstaat reeds om het derde middel als niet ernstig te beoordelen.

16.4. Ten overvloede kan worden opgemerkt dat de tussenkomende partijen zich hoofdelijk hebben verbonden tot de uitvoering van de opdracht, ook wat de uitvoering van de huurovereenkomst betreft.

16.5. Het derde middel is niet ernstig.

Besluit

17. Nu alle door de verzoekende partij aangebrachte middelen niet ernstig zijn bevonden is meteen niet voldaan aan één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die cumulatief vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing worden toegewezen. Deze vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de Post nv van publiek recht en IRET Comm. VA, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap De Post - IRET, tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op175 euro.
De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 250 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 18 mei 2010, 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**