

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 112.277 van 5 november 2002
in de zaak A. 123.822/XII-3597.**

In zake : de NV DELTA THERMIC,
die woonplaats kiest bij
advocaat N. Weinstock,
kantoor houdende te Brussel,
Roodebeeklaan 45

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat K. Ronse,
kantoor houdende te Brussel,
Louizalaan 523, bus 28.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Delta Thermic op 12 juli 2002 heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van “de haar bij brief d.d. 21 mei 2002 medegedeelde beslissing genomen door verwerende partij op een onbekende datum waarbij haar offerte voor de opdracht 'bestek 16 FG/01 H 04 Antwerpen Waaslandtunnel - vernieuwen van ventilatoren, rookafvoerkleppen, brand en CO-detectiesysteem' waarvoor er een algemene offerteaanvraag plaats vond op 25 oktober 2001 'niet te gunnen wegens economische redenen' en hiervoor een nieuwe offerteaanvraag uit te schrijven”;

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partij de nietigverklaring vordert van dezelfde beslissing;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 19 september 2002 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 8 oktober 2002;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat N. Weinstock, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat K. Ronse, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de relevante gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat :

1.1. De verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag voor de voormelde opdracht uit.

Volgens het toepasselijke bestek (blz. 38) gelden voor de beoordeling de volgende criteria :

1. “het vergelijkingsbedrag” : 50 punten
2. “de technische waarde en de volledigheid van de installaties” : 25 punten
3. “gedetailleerde beschrijving van voorgestelde werkwijze voor eenvoudige exploitatie van de gerealiseerde installatie” : 15 punten

4. “beschrijving van de organisatie voor het uitvoeren van correctieve tussenkomsten en het herstellen van averijen” : 5 punten
5. “kwaliteit van de in te dienen berekeningsnota's, plannen” : 5 punten.

1.2. De opening van de offertes vindt plaats op 25 oktober 2001. Er blijken zes offertes te zijn ingediend waaronder die van de verzoekende partij.

1.3. Bij brief van 15 mei 2002 vraagt de verzoekende partij aan de verwerende partij om te bevestigen dat er een heraanbesteding zou zijn wegens “grote prijsverschillen”.

Met een brief van 21 mei 2002 wordt door de verwerende partij aan de verzoekende partij medegedeeld dat het bestuur “op basis van een evaluatie van de ingediende offertes” besliste de opdracht niet te gunnen “wegens economische redenen” en dat de opdracht opnieuw zou worden aanbesteed op 4 juli 2002.

1.4. In een nota van 18 juni 2002 van de Afdeling Elektriciteit en Mechanica-Antwerpen aan de inspecteur-generaal van Financiën wordt uiteengezet :

“2. Probleemstelling

[...]

Er werden 6 inschrijvingen ontvangen :

	Inschrijver	Investerings (BEF, incl. BTW)	Onderhoud (BEF, incl. BTW)
1	Delta Thermic NV	141.642.419	233.520
2	Cegelec NV	144.981.371	1.492.576
3	NV Egemin	147.472.735	178.142
4	Abay TS NV	165.027.828	1.718.621
5	GTI	168.815.271	4.391.635
6	NV V.S.&E.	181.771.205	1.953.823

De tabel der prijzen is in bijlage 1 toegevoegd. De prijzen zijn nog in BEF vermeld aangezien de aanbesteding plaats vond op 25/10/01.

De raming bedroeg 88.075.900,- BEF (incl. BTW) voor het deel Investerings en 350.900,- BEF (incl. BTW) voor het deel Onderhoud.

Het gemiddelde overeenkomstig de bepalingen van Art. 110-§4 van het K.B. van 08/01/1996 bedraagt 156.574.301,- BEF (incl. BTW).

Afwijking t.o.v. de raming

De laagste inschrijving is 60,80% hoger dan de raming. Het berekende gemiddelde is 77,80% hoger dan de raming.

[...]

Uit het voorgaande blijkt dat onaanvaardbare prijzen werden ingediend, zowel in totaal (60,8% hoger dan de raming) als bij de prijzen van belangrijke onderdelen van de inschrijving, zoals hiervoor opgesomd.

De inschrijvingen werden dan ook niet verder onderzocht om gequoteerd te worden”.

1.5. Met een faxbericht van 24 juni 2002 vraagt de raadsman van de verzoekende partij om mededeling van de motieven van de “stellingname”, de opdracht niet te gunnen wegens economische redenen op basis van een evaluatie van de ingediende offertes. Die vraag wordt herhaald met faxbericht van 1 juli 2002 en aangetekende brief van diezelfde datum.

1.6. Met een ter post aangetekende brief van 2 juli 2002 gericht aan de verzoekende partij op adres te Antwerpen deelt de verwerende partij een verduidelijking van de motieven mede. Die brief blijkt niet te zijn afgehaald;

2. Over de grondvoorwaarden tot schorsing.

2.1. Overwegende dat krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde 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;

2.2. Overwegende, wat de eerste voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift vijf middelen aanvoert; dat zij ter terechtzitting afstand doet van het derde, het vierde en het vijfde middel;

2.3. Overwegende dat een eerste middel wordt ontleend aan

“de schending van artikel 18 van de Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993, van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen en/of aan de machtsoverschrijding

doordat

de betwiste handeling beslist de opdracht niet te gunnen en over te gaan tot heraanbesteding ofschoon de opdracht onmiddellijk had kunnen (en moeten) worden [toegewezen] aan verzoekster die een regelmatige offerte had ingediend die de meest voordelige was volgens de criteria van het bestek

terwijl

het bestuur slechts gebruik mag maken van de discretionaire bevoegdheid die hem door art. 18 van de Overheidsopdrachtenwet wordt toegekend in functie van de sociale doelgerichtheid van dit recht, m.a.w. enkel met het oog op het algemeen belang en rekening houdend met het principe van de gelijkheid van de inschrijvers, hetgeen geenszins het geval was terzake”;

Overwegende dat het middel, zoals het hierboven is aangehaald, slechts één concrete grief verwoordt, namelijk dat “de opdracht onmiddellijk had kunnen (en moeten) worden [toegewezen] aan verzoekster die een regelmatige offerte had ingediend die de meest voordelige was volgens de criteria van het bestek”; dat deze premisse niet correct lijkt; dat immers de verscheidene offertes niet eens zijn geëvalueerd aan de hand van de voornoemde criteria; dat het bestuur juist niet zover is gekomen maar op grond van de geboden prijzen meteen heeft beslist om de opdracht niet toe te wijzen; dat voorts de prijs van de verzoekende partij weliswaar op het eerste gezicht de laagste lijkt, maar zelfs in de veronderstelling dat dit een prijs is van een regelmatige offerte, te dezen het prijscriterium slechts voor vijftig van de honderd punten telt in de beoordeling; dat van een verplichting om de opdracht aan de verzoekende partij toe te wijzen dienvolgens geen sprake lijkt te zijn; dat in die omstandigheden de besproken grief niet dienend lijkt om tot een schending van artikel 18 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, te doen besluiten; dat in elk geval de voormelde grief geen afbreuk lijkt te kunnen doen aan de mogelijkheid die dit artikel het bestuur biedt om af te zien van een toewijzing; dat in de huidige stand van de procedure ook niet wordt ingezien hoe uit die gebrekkige grief een schending zou moeten worden afgeleid van de formele motiveringsverplichting

zoals die door de wet van 29 juli 1991 is ingesteld; dat de verzoekende partij weliswaar in haar “toelichting” bij het middel nog andere grieven ontwikkelt dan de voormelde; dat met die grieven, zeker in een procedure tot schorsing, echter geen rekening moet worden gehouden, nu de verzoekende partij zelf opteerde voor een strak geformuleerd middel dat wordt ontwikkeld volgens het “doordat-terwijl” patroon; dat dienvolgens de hierboven vastgestelde gebrekkigheid van het middel maakt dat het niet als ernstig kan worden aangemerkt;

2.4. Overwegende dat een tweede middel als volgt luidt :

“Het tweede middel is ontleend aan de schending van het gelijkheidsbeginsel zoals vastgesteld in artt. 10 en 11 van de Grondwet en aan de machts-overschrijding

Doordat

De bestreden beslissing ontegensprekelijk de concurrenten van verzoekster bevoordeelt enerzijds door haar het voordeel van haar ingediende offerte te ontnemen vermits de opdracht haar niet gegund wordt en anderzijds door een nieuwe offerteaanvraag uit te schrijven en aldus aan haar concurrenten een kans te bieden om de opdracht binnen te halen

Terwijl

Deze handelswijze op flagrante wijze het principe van de gelijkheid van de inschrijvers geweld aandoet”;

dat in een nadere toelichting bij dat middel wordt verwezen naar een schorsingsarrest van de Raad van State, waarin zou zijn overwogen dat “niet blijkt dat er een geldige reden was om in plaats van aan de verzoekende partij op basis van de gehouden offerteaanvraag de levering toe te wijzen, haar dat voordeel te onthouden en, door een nieuwe offerteaanvraag uit te schrijven, aan haar concurrenten een nieuwe kans te gunnen; dat bezien vanuit de gelijkheidsregel dat een bevoordeling te haren opzichte betekent van die concurrenten”;

Overwegende dat, zoals reeds bij de bespreking van het eerste middel is vastgesteld, de verzoekende partij er vooreerst ten onrechte lijkt van uit te gaan dat zij degene was aan wie de opdracht diende te worden toegewezen; dat voorts voor de bestreden beslissing om af te zien van de toewijzing van de opdracht, in het administratief dossier alvast motieven voorhanden lijken : in de aangehaalde nota van

18 juni 2002 wordt vastgesteld dat de laagste inschrijving reeds 60,80% hoger is dan de raming en het berekende gemiddelde 77,80% hoger; dat in die nota wordt geconcludeerd dat onaanvaardbare prijzen werden ingediend; dat dit motief, dat op het eerste gezicht niet ondeugdelijk lijkt, tegenover alle inschrijvers is ingeroepen; dat de gelijkheid tussen de inschrijvers dienvolgens niet geschonden lijkt; dat voorts niet wordt ingezien wat de verzoekende partij bedoelt met de door haar aangevoerde “machtsoverschrijding” die zij te dezen blijkbaar aanmerkt als een onrechtmatigheid die zou moeten bestaan naast de ingeroepen schending van de Grondwet; dat het middel niet ernstig is;

Overwegende dat geen van de middelen ernstig is; dat bijgevolg aan de eerste door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarde niet is voldaan; dat die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 2.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
vijf november 2002, door :

de H.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.