

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 127.069 van 13 januari 2004
in de zaak A. 145.748/XII-4012.**

In zake : de NV LABORATORIA E. VAN VOOREN,
die woonplaats kiest bij
advocaat C. De Wolf,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
die woonplaats kiest bij
advocaat K. Ronse,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 149, bus 20.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Laboratoria E. Van Vooren, op 24 december 2003 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing van onbekende datum om de opdracht voor het uitvoeren van milieuhygiënisch onderzoek in het kader van het bodemsaneringsdecreet en het afvalstoffendecreet - Bestek 16EGGE/03/26 [...] - algemene offerteaanvraag voor aanneming van diensten d.d. 4 september 2003 toe te wijzen aan ABO nv en de daaruitvolgende impliciete beslissing om de opdracht niet aan verzoekende partij te gunnen”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 29 december 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 6 januari 2004, om 10.30 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat C. De Wolf, 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;

Gelet op het bij artikel 90, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State vereiste advies;

Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan 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;

Overwegende wat de eerste en de derde voorwaarde betreft, die door de verwerende partij in haar nota niet worden besproken, dat de verzoekende partij daaromtrent betoogt hetgeen volgt :

“Moeilijk te herstellen ernstig nadeel [...]

Die voorwaarde is in voorliggend geval evident vervuld. Immers, de bestreden beslissing beoogt de toewijzing van de opdracht aan belanghebbende partij. [...]

Hierdoor ziet verzoekende partij zich op definitieve wijze de mogelijkheid ontzegd om de te begeven overheidsopdracht voor aanneming van diensten te bekomen. Ze ziet zich aldus op onwettige wijze de kans ontnomen voor het verwerven van een bijkomende referentie voor dit soort opdrachten voor aanneming van diensten.

Het betreft hier ontegensprekelijk een belangrijke opdracht [die] verzoekende partij aanzienlijke visibiliteit binnen de sector van het milieuhygiënisch onderzoek zal verlenen, reden waarom verzoekende partij dan ook een uitermate competitieve prijs heeft aangeboden. De uitstraling van de opdracht wordt trouwens ook de facto aangetoond door het feit dat maar liefst zes gerenommeerde studiebuureaus een inschrijving hebben ingediend, niettegenstaande de ontegensprekelijk strenge in het bestek opgenomen selectiecriteria.

De opdracht sluit aan bij de nieuwe bepalingen inzake grondverzet, zoals deze op 1 januari 2004 in werking getreden [...]. Met deze nieuwe regeling beoogt de overheid vooreerst te waarborgen dat een meer adequaat milieu-technisch onderzoek wordt uitgevoerd m.b.t. de grondgesteldheid. In de omzendbrief van 26 november 2003 wordt verduidelijkt dat de bouwheer in het kader van overheidsopdrachten in de ontwerpfase van het project een milieuhygiënisch onderzoek dient uit te voeren naar de bodemkwaliteit teneinde aansluitend een zo efficiënt en duurzaam mogelijk voorraadbeheer mogelijk te maken. Het is bijgevolg evident dat de voorliggende opdracht een zeer belangrijke uitstraling

bezit en een pilootopdracht uitmaakt voor de op 1 januari 2004 in werking tredende nieuwe bepalingen inzake grondverzet.

Tenslotte zal een vernietigingsarrest vanwege uw Raad verzoekende partij voor de zware bewijslast plaatsen teneinde een schadevergoeding te bekomen. De procedure wordt immers georganiseerd op basis van een algemene offerteaanvraag, waarbij de wet van 24 december 1993 geen forfaitaire schadevergoeding voorziet, vergelijkbaar met artikel 15 van voornoemde wet.

Ingevolge het Formanova-arrest nr. 87.983 van uw Raad d.d. 15 juni 2000 kan een schorsingsvordering immers niet langer enig nuttig gevolg sorteren indien de gunningsbeslissing betekend is en de aannemingsovereenkomst is ontstaan. In een dergelijk geval kan overeenkomstig voormeld arrest d.d. 15 juni 2000 het moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet langer teniet worden gedaan door een schorsingsarrest van uw Raad.

Echter, aangezien als gevolg van het arrest van uw Raad aan inschrijvers elke rechtsbescherming wordt ontnomen, werd het Koninkrijk België op 18 oktober 2002 in gebreke gesteld. Hierbij heeft de Europese Commissie overwogen [...]:

'De bezwaren van de Commissie betreffende het feit dat de Belgische wetgeving de aanbestedende diensten niet specifiek verplicht inschrijver voor sluiting van de overeenkomst op de hoogte te stellen van het besluit inzake de gunning van een overheidsopdracht, en het dus niet altijd mogelijk is een 'zinvol' beroep tegen dit besluit in te stellen, nl. op een ogenblik dat eventuele schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt'.

Mede als gevolg van deze ingebrekestelling heeft de heer Eerste Minister Guy Verhofstadt op 10 december 2003 een omzendbrief uitgevaardigd die werd bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 15 december 2003 [...]. Deze omzendbrief bevestigt dat de vigerende bepalingen van m.n. artikel 80 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 klemmen met de rechtspraak van het Hof van Justitie te Luxemburg, zoals m.n. verwoord in het arrest Alcatel van 28 oktober 1999.

[...]

Uiterst dringende noodzakelijkheid

Volgens de overwegingen van het arrest Spruyt (R.v.St., nr. 38.202, 11 december 1991) moet verzoekende partij elementen aanreiken waaruit blijkt dat een gewone schorsing onmiskenbaar te laat zou komen omdat het moeilijk te herstellen ernstig nadeel zich alsdan reeds zou hebben voltrokken.

Nadat verzoekende partij op 16 december 2003 kennis had genomen van de bestreden beslissing met in bijlage het gunningsverslag [...], heeft zij onverwijld haar raadsman verzocht om het gunningsverslag te onderzoeken en m.n. na te gaan of dit gunningsverslag behept was met één of meerdere wettigheidskritieken waarvan het gegrond bevinden ertoe zou leiden dat de kwestieuze opdracht aan verzoekende partij diende te worden gegund.

Onverwijld na de kennisname en de analyse van het gunningsverslag heeft verzoekende partij bij uw Raad onderhavig verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend teneinde haar kansen op de uitvoering in natura van de opdracht te vrijwaren. Hierbij heeft verzoekende partij de termijnen, zoals opgenomen in de omzendbrief d.d. 10 december 2003 in acht genomen”;

Overwegende dat de internrechtelijke regelgeving betreffende de toewijzing en gunning van overheidsopdrachten niet voorziet in een wachttermijn die een opdrachtgevend bestuur moet naleven, teneinde na de beslissing tot toewijzing, geweerde inschrijvers de kans te geven zich bij een rechter te voorzien tegen die toewijzing; dat het aldus kan voorkomen dat door een snelle betekening van die

toewijzingsbeslissing aan de gekozen inschrijver, een contract tussen het bestuur en die inschrijver tot stand komt; dat er alsdan, zoals verder beargumenteerd in het arrest van de algemene vergadering van de Afdeling Administratie van de Raad van State nr. 87.983, van 15 juni 2000 inzake Feyfer-Formanova, reden is de vordering tot schorsing te verwerpen; dat wanneer zulks zich voordoet, de gewone rechter van zijn kant van oordeel kan zijn dat hij het gesloten contract onverlet moet laten omdat het de geweerde inschrijver is, een derde ten opzichte van de contracts-partijen, die schorsing of vernietiging daarvan vordert; dat in die omstandigheden het verkrijgen van rechtsherstel in nature bij overheidsopdrachten, hetgeen erin bestaat de betrokken opdracht zelf uit te voeren, ondanks onrechtmatigheden waarmee de toewijzingsbeslissing zou zijn behept, voor een geweerde inschrijver ten minste zeer moeilijk, zo al niet onmogelijk geacht moet worden;

Overwegende dat aan de gebrekkige rechtsbescherming waartoe de bestaande regelgeving leidt tot hiertoe op diverse wijzen werd geredigeerd; dat bepaalde verzoekende partijen zich tot de justitiële kortgedingrechter wendden om een verbod tot betekening van de toewijzing te vragen en, hangende die procedure, of na uitspraak, de Raad van State met een gewone schorsingsvordering of een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid vroegen de tenuitvoerlegging van die toewijzingsbeslissing te schorsen; dat gelet op zijn voormeld arrest nr. 87.983, de Raad van State vorderingen ingesteld bij uiterst dringende noodzakelijkheid die kwalificatie doorgaans niet ontzegde indien de verzoekende partijen zich beriepen op een dreigende betekening van de toewijzingsbeslissing; dat echter steeds meer opdrachtgevende besturen zichzelf wachtperiodes blijken op te leggen waarbinnen zij de geweerde inschrijvers de mogelijkheid geven zich tot een rechter te wenden en die praktijk door de omzendbrief van 10 december 2003, waar de huidige verzoekende partij naar verwijst, wordt aangemoedigd; dat die omzendbrief ongetwijfeld beoogt de jurisdictionele rechtsbescherming in te passen in Europeesrechtelijke imperatieven op het gebied van rechtsherstel in natura bij overheidsopdrachten; dat de vraag echter rijst of de federale overheid bij omzendbrief, zij het verwijzend naar komende nieuwe regelgeving, vermag opdrachtgevende overheden en betrokken partijen een of andere procesgang voor te schrijven en aldus de betrokken regelgeving aan te vullen; dat overigens het in die omzendbrief geboden alternatief gebrekkig is; dat immers vermoedelijk de bedoeling voorligt het sluiten van het contract niet al te lang op de toewijzingsbeslissing te doen volgen en om die reden enkel naar schorsingsprocedures wordt verwezen; dat echter de procedure bij de gewone

kortgedingrechter blijkbaar ook de gewone procedure mag zijn, hoewel deze gezien de mogelijke beroepsgangen ertegen, langer kan uitvallen dan de gewone schorsingsprocedure voor de Raad van State; dat daarentegen een verzoekende partij voor de Raad van State volgens de omzendbrief enkel de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zou mogen instellen;

Overwegende dat die laatste procedure echter, althans in haar huidige regeling, niet de gewone procedure lijkt te kunnen worden die de beoogde rechtsbescherming kan bieden in het domein van de overheidsopdrachten; dat zij daartoe niet geschikt is; dat het immers naar de economie van de gecoördineerde wetten op de Raad van State een zeer uitzonderlijke procedure betreft die een ernstige stoornis in het normaal verloop van de rechtspleging voor de Raad van State teweegbrengt; dat die procedure vooreerst de verwerende en eventueel belanghebbende partijen aanzienlijk in hun rechten van verdediging belemmert; dat voorts in een dergelijke procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid de magistraten in voorkomend geval het administratief dossier en de nota van de verwerende partij evenals de eventuele verzoekschriften in tussenkomst slechts onmiddellijk vóór of op de terechtzitting ontvangen en deze stukken in grote spoed worden verzameld en opgesteld met gekende gevolgen van onvolledigheid en foutieve voorstelling van zaken; dat daarbij de zetelende magistraten ook niet de waarborg genieten van een geschreven verslag van het optredend lid van het auditoraat; dat de rechtspraak die in een dergelijke procedure op zeer korte termijn en na een noodzakelijkerwijze uiterst summier onderzoek tot stand wordt gebracht, onmogelijk dezelfde gedegenheid kan vertonen als mag worden verwacht in de andere procedures; dat ten slotte de dringende aandacht die aan dergelijke procedure moet worden besteed, afbreuk doet aan de zorg die door alle betrokken geledingen van de afdeling administratie van de Raad van State aan de andere procedures kan worden besteed en de afhandeling daarvan vertraagt;

Overwegende dat om al deze redenen ook in het domein van de overheidsopdrachten en zelfs ingeval in een wachtperiode is voorzien de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid uitzonderlijk dient te blijven en slechts mag worden aangewend in de enkele gevallen dat een gewone vordering tot schorsing te laat zou komen om het nadeel te weren, en voorts de verzoekende partij zelf met bekwame spoed haar vordering heeft ingeleid;

Overwegende dat te dezen de verwerende partij ter terechtzitting betoogt dat het reeds geruime tijd haar praktijk is, zodra zij kennis heeft van welkdanige vorm van schorsingsverzoek bij de Raad van State tegen een toewijzingsbeslissing, om te wachten met de betekening ervan tot na de uitspraak van de Raad van State; dat echter noch in de toewijzingsbeslissing zelf, noch in de brief van 11 december 2003 aan de verzoekende partij, waarbij haar wordt medegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen, melding is gemaakt van enige wachtperiode; dat in die omstandigheden niet is aangetoond dat de vrees van de verzoekende partij dat tot spoedige betekening zou worden overgegaan, niet terecht was; dat aldus mag worden aanvaard dat de vordering mocht worden ingesteld bij uiterst dringende noodzakelijkheid, nu ook vaststaat dat de verzoekende partij, nadat ze naar haar zeggen op 16 december 2003 kennis kreeg van de bestreden toewijzingsbeslissing, reeds op 24 december 2003 haar vordering heeft ingediend, en dienvolgens met de nodige diligentie in rechte is getreden zodat aan de eerste voorwaarde gesteld door het voornoemde artikel 17 is voldaan;

Overwegende, wat de derde voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij zich inzake het nadeel in wezen beroept op de mogelijkheid om zelf de opdracht te kunnen uitvoeren, hetgeen zij door de gevraagde schorsing wil vrijwaren; dat door de betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing, tussen de verwerende partij en de gekozen inschrijver een overeenkomst zou tot stand komen tengevolge waarvan, in de lijn van de voormelde rechtspraak van de Raad van State, gevestigd na het voormelde arrest nr. 87.983 een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen; dat het bestaan van die overeenkomst de ambitie van de verzoekende partij om zelf de opdracht nog uit te voeren ernstig zou bemoeilijken en een mogelijk herstel in natura verderaf zou brengen; dat aldus moet worden aanvaard dat de verzoekende partij, mede gelet op de specifieke aard van de in het geding zijnde opdracht, door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing het rechte vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan; dat ook aan de derde voorwaarde is voldaan;

Overwegende, wat de tweede door artikel 17 gestelde voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij een eerste middel afleidt uit de schending van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en het beginsel “patere legem quam ipse fecisti”; dat zij daarbij nader betoogt dat de rangorde inzake belangrijkheid van de gunningscriteria, zoals opgenomen in het

toepasselijke bestek niet is geëerbiedigd want “aangepast” doordat, hoewel in dat bestek de prijs als het belangrijkste gunningscriterium is opgenomen, in het gunningsverslag daaraan slechts eenzelfde gewicht is toegekend als aan het tweede gunningscriterium, namelijk de algemene methodologie en de voorgestelde projectorganisatie;

Overwegende dat de verwerende partij hierop als volgt repliceert :

“Het bestek geeft [...] aan dat de prijs en de algemene methodologie en projectorganisatie van groot belang worden beschouwd. Deze waardering van de criteria wordt in het bestek geaccentueerd door het gebruik van een kader en grijze achtergrond. Ingevolge een materiële vergissing werd de algemene zin die voorafging dat de gunningscriteria in volgende van afnemend belang waarbij de prijs als eerste vermeld werd en de algemene methodologie en projectorganisatie als tweede niet aangepast. Dit kan echter niet aangenomen worden als argument om te stellen dat de appreciatie van de inschrijving fout verliep. Er kan immers, gelet op het bestek, geen twijfel over bestaan dat aan beide criteria hetzelfde belang, namelijk van groot belang, werd gehecht.

De beoordeling van de offerte is dus overeenkomstig deze beide criteria als zijnde van groot belang gebeurd. Het verwijt kan dan ook niet aangenomen worden”;

Overwegende dat het bestek nr. 16EGGE03/26 dat op de in het geding zijnde opdracht toepasselijk is, op bladzijde 18 vermeldt hetgeen volgt :

“Art. 115 Gunningscriteria en Varianten.

De gunningscriteria zijn in volgorde van afnemend belang

1. Prijs;

2. De algemene methodologie en de voorgestelde projectorganisatie voor de uitvoering van de opdracht.

Voor de verschillende soorten deelopdrachten (zie 3.5.1-3.5.6) dient een beschrijving van de onderzoeksmethodiek te worden gegeven. Tevens wordt beschreven hoe elk onderdeel zal gerealiseerd worden inclusief timing en de planning van de uitvoering en de communicatie met het bestuur.

3. Kwalificaties van het in te zetten team

De inschrijver geeft een overzicht van de studie- en beroepskwalificaties van de personen die effectief zullen instaan voor de uitvoering van de hoger beschreven diensten.

Hierbij dient tevens nominatief te worden weergegeven welk teamlid(-leden) zullen worden ingeschakeld m.b.t. de onder 3.5.7 en 3.5.8 beschreven taken.

4. Kwaliteitswaarborg :

De inschrijver geeft weer welke maatregelen hij treft om de kwaliteit te waarborgen en van de mogelijkheden die hij biedt ten aanzien van ontwerp, onderzoek en uitvoering om tot een kwaliteitsvol resultaat te komen.

Varianten zijn niet toegestaan.

Bij de beoordeling van de verschillende offertes onderling kan gebruik gemaakt worden van het computerprogramma ARGUS (Achieving Respect for Grades by using Ordinal Scales only). De waarde van de criteria (op schaal van zeer groot belang - van groot belang - belangrijk - matig belangrijk - weinig belangrijk) die daarbij gehanteerd zullen worden zijn :

- De prijs : van groot belang
- De algemene methodologie en de voorgestelde projectorganisatie voor de uitvoering van de opdracht : van groot belang
- kwalificaties van het in te zetten team : belangrijk
- kwaliteitswaarborg : matig belangrijk;

”;

Overwegende dat het bestek duidelijk bij de gunningscriteria bepaalt dat de criteria niet hetzelfde belang vertonen en de prijs daarbij het belangrijkste criterium is; dat daarbij echter naar de “ARGUS”-methodiek wordt verwezen waarin, in tegenstelling tot de voormelde werkwijze, zowel de prijs als de algemene methodologie en de voorgestelde projectorganisatie van de uitvoering van de opdracht beide als “van groot belang” worden aangemerkt; dat die laatste twee criteria dus bij het aanwenden van die methodiek -hetgeen te dezen is gebeurd- een gelijkwaardige weging krijgen hetgeen in strijd lijkt met het afnemend belang en de prioriteit van de voormelde regel van het prijscriterium; dat de verwerende partij de laatstgenoemde prioriteit relativeert door het als een “materiële vergissing” te doen doorgaan, dat de volzin waarin sprake is van “het afnemend belang” niet is geschrapt uit het bestek; dat die zienswijze echter niet lijkt te kunnen worden onderschreven; dat immers vooreerst het gebruik van de “ARGUS”-methodiek, ook al staat deze, wat de opmaak van het bestek betreft, in een kader en is de achtergrond grijs, slechts facultatief is (“kan” gebruik gemaakt worden) en voorts het aannemelijk lijkt dat een inschrijver zoals de verzoekende partij, bij het voorstellen van een prijs, er eerder mocht van uitgaan dat die prijs het belangrijkste criterium was nu hij niet zelf diende te veronderstellen dat het bestek door een verschrijving was aangetast; dat dienvolgens de bestreden toewijzingsbeslissing genomen lijkt in tegenstrijd met de besteksbepalingen betreffende de gunningscriteria; dat het middel in het besproken onderdeel ernstig is en aldus ook aan de tweede schorsingsvoorwaarde is voldaan; dat de bestreden toewijzingsbeslissing in haar tenuitvoerlegging dient te worden geschorst;

Overwegende dat de schorsing van de toewijzingsbeslissing in hoofde van de verwerende partij de verplichting doet ontstaan om zich te onthouden van de betekening ervan aan de gekozen inschrijver; dat daarmee volledig tegemoetgekomen wordt aan de verzuchtingen die de verzoekende partij in haar

uiteenzetting over het moeilijk te herstellen ernstig nadeel te berde brengt; dat alleszins om die reden de vordering tot schorsing van de impliciete weigering om de opdracht aan de verzoekende partij toe te wijzen wordt verworpen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van ingenieur V. De Vlieger, Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap; Departement Leefmilieu en Infrastructuur, Administratie Waterwegen en Zeewezen, Afdeling Bovenschelde-locatie Gent, om de aannemingsopdracht voor het uitvoeren van milieuhygiënisch onderzoek in het kader van het bodemsaneringsdecreet en het afvalstoffendecreet, bestek 16EGGE/03/26, wordt toegewezen aan de NV ABO te Gent voor een bedrag van 433.164,27 euro, BTW inbegrepen.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt voor het overige verworpen.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
dertien januari 2004, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.