

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 134.262 van 10 augustus 2004
in de zaak A. 154.349/XII-4216.**

In zake : de N.V. AUDIVOX-BBC RECORDS,
die woonplaats kiest bij
Advocaat M. SCHOUPS,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
De Burburestraat 6-8

tegen :

de stad ANTWERPEN,
die woonplaats kiest bij
Advocaat Chr. COEN,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
Mechelsesteenweg 210 A.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de N.V. AUDIVOX-BBC RECORDS op 2 augustus 2004 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van onbekende datum tot vaststelling van het bestek ‘Levering van handboeken voor het schooljaar 2004 - 2005 - Stedelijk Centrum voor Volwassenenonderwijs Talen - Bestek Toewijzing via onderhandelingsprocedure’ zonder verdere referte, in zoverre het de onderhandelingsprocedure aanwijst als gunningsprocedure, in zoverre het ook als uiterste inschrijvingsdatum 1 augustus 2004 voorschrijft en in zoverre er geen volledige detaillijsten van de te bestellen boeken zijn gevoegd, inclusief de ISBN-nummers”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 3 augustus 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 5 augustus 2004, om 14.30 uur;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van Advocaten I. FRANCK en J. NEUTS, die loco Advocaat M. SCHOUPS verschijnen voor de verzoekende partij, en van Advocaat J. DERIDDER, die loco Advocaat Chr. COEN verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur L. VERMEIRE;

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

1.1. Verzoekende partij is een naamloze vennootschap met als maatschappelijk doel de handel, tussenhandel, invoer en uitvoer, distributie, uitgeverij van : boeken, tijdschriften, grammofoonplaten, geluidsbanden, geluidscassettes, films, videocassettes, videoplaten, didactisch materiaal, kantoorbenodigdheden, geluidsinstallaties, alsmede de bijbehorende apparaten en installaties en dergelijke.

Naar eigen zeggen is zij vooral gespecialiseerd in Engelse handboeken en leverde zij gedurende ongeveer 20 jaar aan verwerende partij de handboeken en werkboeken Engels voor het talenonderwijs in het Stedelijk Centrum voor Volwassenenonderwijs (SCVO), maar koopt verwerende partij sinds 2001 de boeken bij de N.V. INTERTAAL, volgens het verzoekschrift zonder toepassing van de wetgeving op de overheidsopdrachten.

1.2. Volgens een brief van de directeur van het SCVO - Talen dd. 4 augustus 2004 zou in het verleden, om problemen met de aankoop van schoolboeken door de cursisten te vermijden, gewerkt zijn met een soort poolsysteem waarbij de lesgevercoördinator van de school boeken bestelde voor het volgend schooljaar, de studenten na ontvangst van de boeken contant betaalden aan de individuele lesgevers die eerst op hun eigen rekening deze gelden deponeerden om ze vervolgens over te maken op de rekening van de school die centraal de leveranciers betaalde. Concreet werden volgens deze brief aldus boeken besteld zonder een offerte uit te schrijven en werden deze boeken geleverd net voor de aanvang van het schooljaar, betaalden de studenten en kwam de leverancier het overschot aan boeken ophalen. Daarbij zou een “bestek”

zijn gebruikt dat niet is goedgekeurd door het stadsbestuur en zonder dat er een procedure in het kader van de wetgeving op de overheidsopdrachten werd gevoerd.

1.3. Naar aanleiding van de geplande bestellingen 2004 - 2005 vraagt de raadsman van verzoekster, met aangetekende brieven en telefaxen van 7 juni en 14 juni 2004 aan de directeur van het SCVO-Talen om het lastenboek mee te delen, alsook de voorwaarden voor de plaatsing van een offerte voor de levering van de hand- en werkboeken Engels.

Omdat niet wordt geantwoord op de eerste brief, wordt dit probleem, met een aangetekende brief en telefax van 14 juni 2004 ook meegedeeld aan de leden van het college van burgemeester en schepenen.

1.4. Verzoekster ontvangt uiteindelijk bij e-mail van 19 augustus - lees juli - 2004 en met een op 19 juli 2004 gedateerde maar pas op 22 juli 2004 aangetekend verzonden brief van de directeur van het SCVO - Talen het bestek "Levering van handboeken voor het schooljaar 2004 - 2005 - Stedelijk Centrum voor Volwassenenonderwijs Talen - Bestek Toewijzing via onderhandelingsprocedure" met een bestellijst eerste semester 2004 - 2005.

1.5. De gedetailleerde bestellijst voor het eerste semester zou volgens punten 4 en 5 van het bestek doorgegeven worden uiterlijk op 1 augustus 2004 met levering uiterlijk op 27 augustus 2004 en deze voor het tweede semester uiterlijk op 15 januari 2005 met levering uiterlijk op 28 januari 2005, waarbij de opdrachtgever in de loop van het schooljaar nog 5 bijkomende bestellingen kan plaatsen met levering uiterlijk 2 weken na bestelling en waarbij de leveringen in overeenstemming met de gedetailleerde bestellijst gescheiden worden uitgevoerd in de 3 verschillende vestigingen van SCVO - Talen. Het bestek bepaalt verder in punt 11 dat de onderhandelingsprocedure van toepassing is en dat de opdrachtgever zich het recht voorbehoudt om delen van de opdracht aan verschillende leveranciers toe te wijzen. Het bestek gevoegd bij de voornoemde e-mail van 19 augustus - lees juli - 2004 vermeldt in punt 12 dat de offertes voor het eerste semester voor 15 augustus 2004 per brief of e-mail moeten worden ingediend bij het SCVO - Talen met kopie aan het privé-adres van de directeur en op zijn e-mail adres. De aangetekende brief van 19 juli 2004 verzonden op 22 juli 2004 vermeldt dat de offertes voor 2 augustus 2004 moeten worden ingediend. Het bij die brief gevoegde bestek was dienovereenkomstig, met de hand, verbeterd. Deze datum werd aan verzoekster, en aan de andere kandidaat-leveranciers, de

N.V. INTERTAAL en de N.V. STANDAARD BOEKHANDEL, ook al meegedeeld in een e-mail van de directeur van het SCVO -Talen dd. 20 augustus - lees juli - 2004 met verwijzing naar de bijgevoegde brief, brief die zoals gezegd ook al bijgevoegd lijkt te zijn bij de eerste e-mail van 19 augustus - lees juli - 2004. Punt 13 van het bestek betreft de procedure voor bestellingen voor het tweede semester en eventuele tussentijdse bestellingen.

1.6. Met een brief van 27 juli 2004 deelt de kabinetschef van de schepen voor bestuurlijke organisatie, decentralisatie, personeel en patrimonium aan verzoekster nog mee dat het departement onderwijs hem meedeelde dat zij inmiddels op de hoogte was gebracht dat de bestelling inderdaad onder de wetgeving overheidsopdrachten valt en dat hiervoor de onderhandelingsprocedure zal worden toegepast omdat de geraamde kosten onder de 67.000 EUR liggen en dat de bevoegde diensten hiervoor een bestek hebben opgemaakt en doorgestuurd naar de directeur van het SCVO -Talen met verzoek minstens drie leveranciers aan te schrijven waaronder ook verzoekster en waarbij het college na beoordeling van de offertes een gemotiveerd gunningsbesluit zal nemen dat aan de kandidaat-leveranciers ter kennisgeving zal worden overgemaakt.

1.7. Met brieven van 27 en 28 juli 2004 deelt de raadsman van verzoekster aan de directeur van het SCVO - Talen en het college van burgemeester en schepenen mee dat de procedure en het bestek zijns inziens niet regelmatig zijn onder meer omdat de onderhandelingsprocedure niet toepasselijk is en het gelijkheidsbeginsel geschonden wordt.

Met een brief van 29 juli 2004 aan de directeur van het SCVO - Talen en het college van burgemeester en schepenen reageert de raadsman van verzoekster ook op de brief van 27 juli 2004 van de kabinetschef van de schepen voor bestuurlijke organisatie, decentralisatie, personeel en patrimonium.

1.8. Met een aangetekende brief van 31 juli 2004 van haar raadsman, en een eigen e-mail van 1 augustus 2004, dient verzoekster, zonder nog een voorbehoud te maken, een offerte in voor de levering van de meeste van de gevraagde boeken, voor een totaal bruto bedrag inclusief BTW van 34.430,96 EUR voor de niet-Engelse boeken en van 22.014,25 EUR voor de Engelse boeken, of in totaal 56.445,21 EUR. Tevens worden kortingen vermeld van resp. 9.430,96 EUR en 8.014,25 EUR zodat de netto-bedragen resp. 25.000 EUR en 14.000 EUR zijn of in totaal 39.000 EUR.

Respectievelijk op 22 en 24 juli 2004 dienden ook de N.V. STANDAARD BOEKHANDEL en de N.V. INTERTAAL een offerte in.

1.9. Op 30 juli 2004 besluit de gedelegeerd bestuurder van verzoekster tegen de bestreden beslissing een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te dienen.

Dit geschiedt effectief op 2 augustus 2004.

2. Overwegende dat de verwerende partij een aantal ontvankelijkheids-excepties opwerpt; dat op die excepties enkel dient te worden ingegaan indien de voorwaarden voor schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid vervuld zijn wat, zoals hierna blijkt, niet het geval is;

3. Overwegende dat luidens 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 een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

3.1. Overwegende dat wat de voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel betreft de verzoekende partij het volgende aanvoert :

“Ten aanzien van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel, doet verzoekster in de eerste plaats gelden dat, indien door haar niet zou worden opgekomen tegen de vaststelling van het bestek, de opdracht ongetwijfeld zal worden gegund aan de N.V. INTERTAAL.

Een beroep tot vernietiging van de thans bestreden beslissing zal ontegensprekelijk met zich brengen dat de gunningsbeslissing tijdens die procedure al lang zal genomen zijn, en bovendien betekend aan de beneficiaris ervan. Het contract wordt alsdan geacht afgesloten te zijn, zodat Uw Raad niet langer zal kunnen oordelen over de zaak.

Het contract, dat blijkens de bepalingen van het bestek slechts voor het schooljaar 2004-2005 geldt, zal overigens al uitgevoerd zijn.

Hieruit blijkt duidelijk dat, indien verzoekster tegen de bestreden beslissing niet opkomt middels een verzoekschrift tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid, zij geen herstel in natura - haar uiteindelijke doel - meer kan nastreven.

In de uiteenzetting omtrent de ernstige middelen heeft verzoekster immers reeds genoegzaam aangetoond dat het bestek werd opgesteld met het enkele doel de N.V. INTERTAAL deze overheidsopdracht te kunnen gunnen.

In dit kader dient benadrukt dat ook het Europese Hof van Justitie een dergelijke effectieve en snelle rechtsbescherming voorstaat, en dit op een ogenblik dat de

schendingen van het gemeenschapsrecht c.q. de wet nog kunnen worden goedge maakt (H.v.J. 28 oktober 1999, inzake C-81/98, Alcatel Austria AG e.a.).

Verzoekster wijst erop dat, nu het bestek op zich reeds griefhoudend is, de schendingen die zij hiertegen inbrengt, enkel nog kunnen worden rechtgezet vóór het nemen van de gunningsbeslissing, te meer daar de vaste rechtspraak van Uw Raad bepaalt dat wanneer het bestek op zich reeds griefhoudend is voor een inschrijver en de pijlen dus worden gericht op dat bestek, deze inschrijver niet meer met succes kan opkomen tegen de gunningsbeslissing onder verwijzing naar het onwettige bestek.

De inschrijvingen op deze opdracht dienden volgens het ‘verbeterde’ bestek, en alleszins volgens het bijgevoegde schrijven van directeur D’hauwe, vóór maandag 2 augustus 2004 ingeleverd te worden.

Nu de gevraagde hand- en werkboeken gedeeltelijk reeds betrekking hebben op het eerste semester van het schooljaar 2004-2005 en de levering van de genoemde boeken met toebehoren dient plaats te vinden uiterlijk 27 augustus 2004, betekent dit evident dat zeer spoedig na de indiening van de offertes een beslissing zal worden genomen door de verwerende partij .

Dit betekent ontegensprekelijk dat verzoekster door deze spoedig te verwachten gunning en betekening een nadeel zal lijden, met name het verlies van deze overheidsopdracht, die, zoals hoger aangetoond, een aanzienlijk bedrag vertegenwoordigt. Het nadeel is dan ook ernstig.

Dit nadeel is om diezelfde reden ook evident moeilijk te herstellen, te meer daar verzoekster het herstel in natura beoogt en de thans geviseerde overheidsopdracht aan zichzelf wenst gegund te zien.

Dit wordt, zoals hoger reeds uitvoerig werd toegelicht, onmogelijk gemaakt door de bewoordingen van het bestek, zodat het moeilijk te herstellen ernstig nadeel dus ontegensprekelijk voortvloeit uit de beslissing tot vaststelling van dit bestek.

Om al deze reden moet de bestreden beslissing houdende de vaststelling van het bestek met een verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid kunnen worden aangevochten.

Het moeilijk te herstellen ernstig nadeel in hoofde van verzoekster is dus bewezen en de vordering van verzoekster is ook op dat vlak ontvankelijk.

Terzake dient te worden opgemerkt dat tevens volgens de daartoe geëikte (sic) procedure een eenzijdig verzoekschrift wordt ingediend bij de Kortgedingrechter waarin gevorderd wordt de Stad Antwerpen het verbod op te leggen de opdracht te gunnen en het contract toe te wijzen.”;

3.2. Overwegende, voor zover aangenomen zou dienen te worden dat de desbetreffende opdracht valt onder de toepassing van de wetgeving op de overheidsopdrachten, dat verzoekende partij in haar uiteenzetting van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel enkel stelt, via verwijzing naar een niet nader aangeduid deel van het verzoekschrift, dat het gaat om een ernstig nadeel gelet op de aanzienlijke waarde van de opdracht; dat zij aldus lijkt te verwijzen naar haar eerste middel volgens welk, nu de bestelling voor de boeken voor het eerste semester, op basis van de prijslijsten van de N.V. INTERTAAL, reeds 60.719,16 EUR bedraagt, de totale opdracht, zonder artificiële splitsing van het tweede semester, meer dan 67.000 EUR zal bedragen; dat volgens de inventaris bij het verzoekschrift dit de totaalprijs is van de bestelling 2002 - 2003; dat de offerte van de N.V. INTERTAAL thans voor het eerste semester 2004 - 2005 een bedrag betreft, met BTW, van 45.537,87 dan wel 44.496,86 EUR;

Overwegende, daargelaten de vraag of daardoor de opdracht kan worden gekwalificeerd als van aanzienlijke financiële waarde, dat hiertegen echter staat dat verzoekster zelf een offerte ingediend heeft voor de meeste bestelde boeken van, na korting, slechts 39.000 EUR, alsook dat zij al sinds 2001 geen boeken meer heeft geleverd aan het SCVO -Talen, zonder ter zake in rechte te zijn opgetreden; dat in die omstandigheden niet is aangetoond waarom het eventueel verlies van de “opdracht”, voor één schooljaar, alleen omwille van de beweerde “aanzienlijke waarde” thans wel een moeilijk te herstellen ernstig nadeel is; dat zelfs de vraag rijst of de kans van verzoekster om de opdracht in de wacht te slepen zo illusoir is als zij beweert;

Overwegende dat in zoverre verzoekster haar kans op herstel in natura, met andere woorden het uitvoeren van de overheidsopdracht zelf, aanvoert en zich daarbij beroept op het Alcatel-arrest van het Hof van Justitie, vastgesteld dient te worden dat de richtlijn 89/665 in ieder geval niet toepasselijk lijkt aangezien zulks veronderstelt dat de opdracht een geraamde waarde exclusief BTW heeft van 236.900 EUR (art. 27, § 2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996), hetgeen verzoekster geenszins aantoont en wat integendeel onwaarschijnlijk is, aangezien verzoekster zelf voor het eerste semester een offerte indient, na korting en met BTW, van 39.000 EUR en in de inventaris bij stuk I verwijst naar een totaalprijs voor 2002 - 2003 van 60.719,16 EUR op basis van de prijzen van de N.V. INTERTAAL; dat de andere ingediende offertes voor het eerste semester weliswaar iets hoger zijn, maar het bedrag van 236.900 EUR exclusief BTW alleszins niet bereikt wordt; dat de verwijzing naar de Alcatel-rechtspraak van het Hof van Justitie derhalve niet relevant is;

Overwegende dat bij de uiteenzetting van het belang verzoekster wel nog verwijst naar het feit dat de levering van handboeken aan de scholen in de stad Antwerpen voor een onderneming als verzoekster, die er zelf gevestigd is, een belangrijke referentie is en dat zij door de bestreden beslissing een belangrijke referentie zou verliezen en haar commerciële naam en faam in het gedrang zou komen; dat voor zover met die gegevens welke niet hernomen zijn in de uiteenzetting over het moeilijk te herstellen ernstig nadeel rekening kan worden gehouden, ook hier vastgesteld dient te worden dat verzoekster blijkbaar zonder dat haar commerciële naam en faam in het gedrang kwam, reeds sinds 2001 niet meer levert aan het SCVO - Talen en dat zij niet concreet aantoont waarom dit thans wel het geval zou zijn of waarom dit thans een belangrijke referentie is waarvan het verlies een moeilijk te herstellen ernstig nadeel uitmaakt; dat overigens het niet verkrijgen van een overheidsopdracht niet steeds zonder meer de commerciële naam en faam van een onderneming in het gedrang brengt;

Overwegende dat dan ook dient te worden besloten dat niet voldaan is aan de voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel; dat die vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op tien augustus 2000 en vier, door :

de HH.	J. DE BRABANDERE,	kamervoorzitter,
	B. COLLIN,	toegevoegd griffier.

De griffier,

De voorzitter,

B. COLLIN.

J. DE BRABANDERE.