

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 145.471 van 7 juni 2005
in de zaak A. 162.657/XII-4456.**

In zake : 1. de NV FRANKI GEOTECHNICS B,
 2. de BVBA ALGEMENE ONDERNEMINGEN VERHEYE,
 3. de NV ALGEMENE ONDERNEMINGEN SOETAERT,
 samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaat D. Van Heuven,
 kantoor houdende te Kortrijk,
 President Kennedypark 8b

tegen :

de NV MAATSCHAPPIJ VAN DE BRUGSE ZEEVAART-
INRICHTINGEN (MBZ),
die woonplaats kiest bij
advocaten A. Lust en J. Goethals,
kantoor houdende te Sint-Andries-Brugge,
Burggraaf de Nieulantlaan 14.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Franki Geotechnics B, de BVBA Algemene Ondernemingen Verheye en de NV Algemene Ondernemingen Soetaert, samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend, op 20 mei 2005 hebben ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van :

- “1. De beslissing van de Raad van Bestuur van verwerende partij dd. 28 april 2005 houdende intrekking van de beslissing van 15 december 2004 om de opdracht voor het bouwen van een Kaaimuur langs de Oostoever van het Zuidelijk Kanaaldok in de achterhaven van Zeebrugge - Bestek nr. 5 van 2004 [...] Openbare aanbesteding voor de uitvoering van werken, toe te wijzen aan de Tijdelijke Handelsvennootschap nv Besix/nv Depret, evenals alle eraan voorafgaande en voorbereidende handelingen en beslissing en tevens over te gaan tot het uitschrijven van een nieuwe Europese openbare aanbesteding op basis van een verbeterd bestek.
2. De impliciete beslissing van dezelfde dag waarbij wordt beslist om, benevens de intrekking van het besluit van 15 december 2004, de in het kader van de eerste procedure ingediend offertes niet te heronderzoeken en de opdracht aldus niet aan verzoekende partijen toe te wijzen”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 23 mei 2005 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 2 juni 2005, om 10.30 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat D. Van Heuven, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en van advocaat J. Goethals, die loco advocaat A. Lust verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur E. Haesbrouck;

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;

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 derde voorwaarde betreft, dat de verzoekende partijen betogen hetgeen volgt :

“1. Verzoekende partijen kunnen een evident moeilijk te herstellen en ernstig nadeel doen gelden. Zij wenst immers zelf de opdracht uit te voeren in natura.

In dit verband benadrukt zij dat zij, in variante, de goedkoopste inschrijver was, en waar het een openbare aanbesteding betreft, dat de opdracht haar had moeten gegund worden.

2. Sinds het alom gekende Formanova-arrest uitgesproken door Uw Raad in verenigde kamers op 15 juni 2000, is het voor Uw Raad niet meer mogelijk om een gunningsbeslissing te schorsen [...]

4. In casu beogen verzoekende partijen, zoals gezegd, wel degelijk, en dit om o.m. de redenen, hieronder aangehaald, het herstel in natura [...]

Ontegensprekelijk worden de kansen van verzoekende partijen om de opdracht zelf uit te voeren, door de bestreden beslissing ernstig verminderd.

Waar het gaat om een aanbesteding, heeft verwerende partij geen andere keuze dan de opdracht te gunnen aan verzoekende partijen, zijnde de laagste

inschrijvers, op voorwaarde dat haar (variante)offerte regelmatig is en niet wordt overgegaan tot heraanbesteding.

In geval van heraanbesteding verliezen verzoekende partijen hun poleposition, hun voorsprong op de andere inschrijvers, en krijgen zij hoogstens dezelfde kansen als de andere inschrijvers.

Waar bij een heraanbesteding, de laagste prijs van verzoekende partijen voor alle kandidaatinschrijvers transparant is gesteld, zal er ongetwijfeld een lagere prijs worden aangeboden. Met andere woorden, het volstaat voor verzoekende partijen niet om hun eerdere offerte te handhaven, nu hun oorspronkelijke prijs ongetwijfeld zal 'geklopt' worden door andere inschrijvers.

Tegenover de zekerheid dat de opdracht aan de tijdelijke vereniging, waarvan verzoekende partijen deel uitmaken, zal worden toegewezen, zal bij een heraanbesteding slechts de mogelijkheid van gunning overblijven.

5. Verder is het duidelijk dat verwerende partij niet zal wachten om tot heraanbesteding over te gaan en tot opvolgende gunning, in afwachting van een vernietigingsprocedure (en, zoals verder zal worden geargumenteed, zelfs niet in afwachting van een gewone schorsingsprocedure).

Eens de nieuwe gunningsbeslissing betekend, in de hypothese dat dit aan een andere partij gebeurt dan aan verzoekende partijen, is de aannemingsovereenkomst tot stand gekomen en worden verzoekende partijen op definitieve wijze de mogelijkheid ontzegd om alsnog de kwestieuze overheidsopdracht uit te voeren.

6. De redenen waarom verzoekende partijen het herstel in natura boven schadevergoeding beogen, kunnen als volgt samengevat worden :

6.1. Enkel al de bijzonder hoge waarde van de overheidsopdracht, verzoekende partijen hebben ingeschreven voor een bedrag van € 8.586.714,43, verantwoordt waarom verzoekende partijen erop gebrand zijn om de opdracht effectief uit te voeren.

In het geval verzoekende partijen kwestieuze opdracht niet zouden kunnen uitvoeren, worden zij op definitieve wijze de kans ontnomen, om hun prestige en referentiekader op de markt van het bouwen van kaaimuren, verder uit te bouwen.

Alleen al de waarde van de opdracht geeft aan dit bedrijfsstrategisch nadeel een ernstig karakter. Het gaat effectief om een aanzienlijke opdracht. De uitstraling van deze aanzienlijke opdracht wordt trouwens ook de facto aangetoond door het feit dat maar liefst 12 gerenommeerde aannemers of verenigingen van aannemers een inschrijving hebben ingediend.

Omgekeerd, precies omdat het dergelijk prestigeproject betreft, is het niet toewijzen van de opdracht binnen het kleine marktsegment waarin het thuishoort, een belangrijk gespreksonderwerp dat negatief afstraalt op het prestige en de reputatie van verzoekende partijen.

Het in de wacht slepen van de opdracht geeft aan verzoekende partijen bovendien de kans om de erkenning te verhogen.

Onnodig te zeggen dat zulk een moreel nadeel niet of moeilijk financieel gecompenseerd kan worden. [...] Dit nadeel kan enkel goedge maakt worden door een schorsing respectievelijk nietigverklaring van de bestreden beslissingen.

6.2. Vanzelfsprekend brengt de niet-toewijzing van de opdracht aan verzoekende partijen eveneens een ernstig financieel nadeel met zich mee, hetwelk onmogelijk goedge maakt kan worden door de toekenning van een schadevergoeding.

7. Aldus is er ontegensprekelijk een moeilijk te herstellen ernstig nadeel voorhanden.”;

Overwegende, wat de eerste voorwaarde betreft, dat de verzoekende partijen daaromtrent stellen hetgeen volgt :

“1. Zoals gezegd, beogen verzoekende partijen een herstel in natura. Sinds het Formanova-arrest nr. 87.983 van uw Raad dd. 15 juni 2000 kan dit maar, zolang de aannemingsovereenkomst tussen de betrokken partijen nog niet tot stand is gekomen. Dit is met andere woorden zolang de toewijzingsbeslissing nog niet is betekend.

Zoals eveneens hoger uiteengezet, is het ook vaste rechtspraak van uw Raad dat zowel het beroep op de uiterst dringende noodzakelijkheid als het moeilijk te herstellen ernstig nadeel verantwoord kunnen worden door de zorg om de betekening van de gunningsbeslissing door verwerende partij te voorkomen. [...]

Zulks is nog mogelijk, nu verwerende partij nog niet tot de betekening van de gunningsbeslissing aan belanghebbende partij is overgegaan.

2. In casu zou door verwerende partij kunnen opgeworpen worden dat nog niet toewijzing kan overgegaan worden, omdat eerst de procedure tot heraanbesteding moet gevolgd worden.

Dit is juist, doch verondersteld moet worden dat de heraanbestedingsprocedure spoedig zal opgestart worden en ook zal voleindigd worden nog vooraleer uw Raad zich kan buigen over een gewone schorsingsprocedure.

Dit zou maar anders zijn indien verwerende partij, in haar nota, stelt dat zij de gewone schorsingsprocedure zou afwachten alvorens over te gaan tot heraanbesteding en opvolgende toewijzing. In het laatste geval zullen verzoekende partijen overgaan tot het instellen van een verzoekschrift tot gewone schorsing.

3. Komt dergelijke verklaring niet vanwege verwerende partij, dient geconcludeerd te worden dat de uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is.”;

Overwegende, wat de eerste voorwaarde betreft, dat de toepassing van de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid het normaal verloop van de rechtspleging voor de Raad van State ernstig stoort en de rechten van de verdediging van de verwerende en de eventueel tussenkomende partijen aanzienlijk in het gedrang brengt; dat om die reden, behoudens ingeval ze wettelijk de enig mogelijke is, die procedure slechts mag worden aangewend in de enkele gevallen dat het spoedeisend karakter van de zaak, ofwel voor iedereen duidelijk is, ofwel door de verzoekende partij duidelijk wordt aangetoond aan de hand van precieze en concrete gegevens en voorts de verzoekende partij zelf met bekwame spoed haar vordering heeft ingesteld;

Overwegende dat de verzoekende partijen hun nadeel afleiden uit het niet zelf kunnen uitvoeren van de te dezen in het geding zijnde overheidsopdracht; dat de gevraagde schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissingen om de toewijzingsbeslissing en de daartoe voorbereidende handelingen in te trekken en om impliciet de opdracht niet aan hen toe te wijzen, mogelijkerwijze de kans om die opdracht uit te voeren vergroot; dat echter niet wordt aangetoond om welke

reden een schorsing, die wordt gevorderd volgens de gewone procedure, te laat zou komen; dat de verzoekende partijen daartoe enkel verwijzen naar de “zorg om de betekening van de gunningsbeslissing door verwerende partij te voorkomen” en stellen dat “verondersteld moet worden dat de heraanbestedingsprocedure spoedig zal opgestart worden en ook zal voleindigd worden nog vooraleer [de] Raad zich kan buigen over een gewone procedure”;

Overwegende dat in de eerste plaats de voornoemde veronderstelling een geringe grond van waarschijnlijkheid heeft; dat immers de tijd die zal verlopen tot aan de uiteindelijke betekening van de toewijzing redelijkerwijze de duur van een gewone schorsingsprocedure ruim zal overtreffen nu de opdracht zelfs nog niet is aangekondigd; dat het voorts de verzoekende partijen vrijstaat in elk geval ook de nieuwe toewijzing bij de Raad van State aan te vechten, in voorkomend geval bij uiterst dringende noodzakelijkheid; dat het ten slotte zelfs niet is uitgeloten dat de verzoekende partijen opnieuw inschrijven en zich aldus zelfs de opdracht zien toewijzen en uiteindelijk gunnen; dat het ten slotte bevreemdt dat de verzoekende partijen bij de Raad van State niet zijn opgekomen tegen de eerste toewijzingsbeslissing die in haar tenuitvoerlegging is geschorst door de Raad van State bij arrest nr. 142.035 van 15 maart 2005 op vraag van andere inschrijvers en ten gevolge waarvan de verwerende partij de te dezen bestreden intrekkingbeslissing heeft genomen zodat zelfs zou kunnen worden betwijfeld of de verzoekende partijen nog enig belang hebben om beslissingen aan te vechten die verband houden met de eerste gunningsprocedure, de intrekking van de toewijzing inbegrepen; dat de uiterst dringende noodzakelijkheid dienvolgens niet is aangetoond;

Overwegende dat aldus niet is voldaan aan de eerste van de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden ingewilligd,

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 525 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen, elk voor een derde.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zeven juni 2005, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.