

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 162.466 van 14 september 2006
in de zaak A. 176.340/XII-4845.**

In zake : de NV SBE - STUDIEBUREAU VOOR BOUWKUNDE EN
EXPERTISES,
die woonplaats kiest bij
advocaat M. Schoups,
kantoor houdende te Antwerpen,
De Burburestraat 6-8

tegen :

de NV WATERWEGEN EN ZEEKANAAL,
die woonplaats kiest bij
advocaten B. Schutyser en B. Martel,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 99

tussenkomen de partij :

NV SORESMA,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. Abbeloos,
kantoor houdende te Dendermonde,
Hoge Weg 7

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV SBE - Studiebureau voor Bouwkunde en Expertises op 31 augustus 2006 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing van ongekende datum van Waterwegen en Zeekanaal NV om de opdracht betreffende de opmaak van het ontwerp van de waterkering en de opmaak van een MER in het kader van het sigmaplan toe te wijzen aan Soresma NV en niet aan SBE NV”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 1 september 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 12 september 2006, om 10.30 uur;

Gezien het op 9 september 2006 ingediende verzoekschrift waarbij de NV Soresma vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat K. Lemmens, die loco advocaat M. Schoups verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaten B. Schutyser en B. Martel, die verschijnen voor de verwerende partij, en van advocaat D. Abbeloos, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur P. Barra;

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;

De gegevens van de zaak

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

1. De in het geding zijnde opdracht betreft een algemene offerteaanvraag voor een aanneming van diensten namelijk een studieopdracht in het kader van het Sigmaplan - Zeeschelde R.O. Schellebelle-Schoonaarde - opmaak ontwerp waterkering & opmaak MER.

De opdracht omvat drie samenhangende deelopdrachten :

- deelopdracht 1 beoogt “het uitvoeren van geotechnisch onderzoek met name uitvoeren en interpreteren van sonderingen, boringen, peilbuizen en laboproeven op het traject Schellebelle-Wichelen-Schoonaarde”
- deelopdracht 2 betreft “het opmaken van een technisch ontwerp m.i.v. nazicht van de stabiliteit van type profielen inclusief het formuleren van oplossingen, de opmaak van onteigeningsplannen, de opmaak van een bestek m.i.v. aanbestedingstekeningen op het traject Schellebelle-Wichelen-Schoonaarde”

- deelopdracht 3 omvat “het opmaken van een milieueffectenrapport inclusief een aanmelding aan Europa in het kader van een Habitatrichtlijn op het traject Schellebelle-Wichelen-Schoonaarde”.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 13 augustus 2004.

2. Op de opdracht is het bestek nr.16EI/04/22 van toepassing.

Dit bepaalt kwalitatieve selectiecriteria voor de inschrijvers : zich niet bevinden in een toestand van uitsluiting, zijn financiële en economische draagkracht aantonen en zijn technische bekwaamheid aantonen.

Inzake technische bekwaamheid wordt onder andere gevraagd een lijst bij de offerte te voegen “met nominatieve opgave van de personen die zullen ingeschakeld worden voor de verschillende deelaspecten van de studieopdracht”.

De volgende gunningscriteria zijn in het bestek opgenomen :

nr. 1	prijs	30 punten
nr. 2	plan van aanpak	40 punten
nr. 3	projectteam	20 punten
nr. 4	kwaliteitsplan	10 punten

Daarbij wordt vermeld dat de toekenning van de punten op elk van de laatste drie gunningscriteria “gebeurt door een beoordelingscommissie, samengesteld door het bestuur. De puntentoekenning is een weerspiegeling van de kwaliteit behaald op de respectievelijke criteria”.

3. Er zijn vier inschrijvers :

- NV Belconsulting
- NV Grontmij Belgroma
- NV Soresma
- NV SBE

De opening der offertes vindt plaats op 21 september 2004.

4. Uit het rapport van de beoordelingscommissie, opgesteld op 1 oktober 2004, blijkt dat de verwerende partij bij de toepassing van de kwalitatieve selectiecriteria van oordeel is dat alle inschrijvers hebben aangetoond zich niet in een toestand van uitsluiting te bevinden, voorts dat ze hun financiële en economische draagkracht en hun technische bekwaamheid hebben aangetoond.

Inzake de gunningscriteria komt deze commissie tot de volgende eindrangschikking der inschrijvers :

inschrijver	puntentotaal
NV Belconsulting	68,60
NV Grontmij Belgroma	79,02
NV Soresma	87,93
NV SBE	84,00

Bij het derde gunningscriterium ‘het projectteam’ vermeldt het verslag bij de NV Soresma die samen met NV Grontmij Belgroma de meeste punten bekomt namelijk 18 op 20 :

Gelet op de volgende bevindingen :

- De trekker van het project is de NV Soresma, bijgestaan door Fugro Ingenieursbureau BV voor wat deelopdracht 1 betreft, NV Haecon voor wat deelopdracht 2 betreft en AIB Vinçotte Ecosafe voor wat deelopdracht 3 betreft.
 - Zowel de projectteamleden van de trekker van het project (die deelopdracht 3 voor zijn rekening neemt) als de projectteamleden van Haecon NV (die deelopdracht 2 uitvoert), beschikken over een ruime inhoudelijke kennis en terreinkennis.
- kent de beoordelingscommissie 18 punten toe.”

De verzoekende partij verkrijgt 16 punten.

5. Met een brief van 27 oktober 2004 wijst de verzoekende partij de verwerende partij erop dat de NV Haecon “partner in de offerte ingediend door de NV Soresma, zich in gerechtelijk akkoord bevindt”.

Zij vervolgt :

“Vanuit juridische hoek meldt men ons dat dit studiebureau (NV Haecon) zich aldus in een toestand bevindt van uitsluiting conform de voorschriften van het bijzonder lastenboek (art : 69,70, 71).

De toewijzing van de overheidsopdracht aan de kandidaat-inschrijver die zich in een toestand van gerechtelijk akkoord bevindt, hypothekeert de goede afloop van de overheidsopdracht. Om deze reden vermeldt artikel 69 van het K.B. nr. 1 - d.d. 8 januari 1996 het gerechtelijk akkoord als kwalitatief selectiecriterium en uitsluitingsgrond.

We gaan er dan ook van uit dat de bieding waar nv Haecon in participeert geweerd wordt.

Mogen wij U verzoeken ons het gunningsverslag te laten worden zodra het beschikbaar is”.

Op deze brief antwoordt de verwerende partij bij schrijven van 9 november 2004 als volgt :

“Als bijlage wordt u het gunningsverslag overgemaakt. Daaruit blijkt dat de NV Soresma de opdracht zal worden toegewezen.

Inspelend op uw vraag naar de nietigheid van de offerte van bovenstaand studiebureau wijs ik u vooreerst op het feit dat de NV Haecon geen partner is in vermelde offerte in de zin van een rechtspersoon binnen een tijdelijke vereniging. Enkel de NV Soresma heeft een offerte ingediend. Er is daarom geen sprake van een contractuele band tussen de aanbestedende overheid en NV Haecon. Artikel 69 1° van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 is dan ook niet van toepassing”.

In het Belgisch Staatsblad van 23 augustus 2004 is ondertussen het bericht verschenen dat bij vonnis van de rechtbank van Koophandel van Gent van 13 augustus 2004 de voorlopige opschorting van betaling gedurende een observatieperiode werd verleend aan de NV Haecon.

In het Belgisch Staatsblad van 18 februari 2005 - ed. 3, verschijnt het bericht dat bij vonnis van 11 februari 2005 het faillissement van de NV Haecon werd vastgesteld.

6. Met een brief van 21 augustus 2006 stelt de verwerende partij verzoekende partij in kennis van het feit dat haar offerte “niet werd gekozen”.

Met een brief en faxbericht van 23 augustus 2006 vraagt de verzoekende partij een gemotiveerde beslissing.

Op 25 augustus 2006 blijkt verwerende partij aan verzoekende partij het rapport van de beoordelingscommissie te hebben bezorgd; enige gedateerde toewijzingsbeslissing wordt door geen van de partijen voorgebracht maar geen van de partijen betwist het bestaan ervan;

De grondvoorwaarden voor de schorsing

1. 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;

2. Overwegende, wat de eerste en de derde in het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft, dat verzoekende partij zich inzake het nadeel beroept op de mogelijkheid om zelf de in het geding zijnde opdracht te kunnen uitvoeren, die zij door de gevraagde schorsing wil vrijwaren; dat zij daarbij ook verwijst naar de referentiewaarde van de opdracht; dat zij voorts haar keuze voor de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid motiveert door te verwijzen naar het risico, dat de bestreden toewijzingsbeslissing aan de gekozen inschrijver zou worden betekend en aldus een overeenkomst tot stand zou komen;

Overwegende dat betreffende de eerste voorwaarde, verwerende en tussenkomende partij zich naar de wijsheid van de Raad van State gedragen; dat zij inzake de derde voorwaarde, de uiteenzetting daaromtrent te summier vinden, de referentiewaarde niet bewezen en de schade niet geraamd;

Overwegende dat door de betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing, tussen verwerende en tussenkomende partij inderdaad een overeenkomst zou tot stand komen tengevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de algemene vergadering van de afdeling administratie, een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen; dat het bestaan van die overeenkomst de betrachting van de verzoekende partij om zelf de opdracht nog uit te voeren, ernstig zou bemoeilijken en een mogelijk herstel in natura verder af zou brengen; dat aldus moet worden aanvaard dat de verzoekende partij, mede gelet op de aard van de in het geding zijnde opdracht, door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de eerste bestreden beslissing, het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan; dat immers het bestek zelf en de beoordelingscommissie de referentiewaarde ervan blijkbaar wel hoog aanslaan hetgeen bijvoorbeeld blijkt uit het

verslag van de beoordelingscommissie dat inzake de kwalitatieve selectie -criterium technische bekwaamheid- referenties een rol laat spelen (blz. 6 en 8) alsook blijkbaar bij het derde gunningscriterium “projectteam” (blz. 13), hetgeen voor een studieopdracht in een gespecialiseerde branche als waterwerken niet moet verbazen en voorts de tussenkomende partij op haar beurt wijst op het feit dat “slechts enkele bureaus” studieopdrachten van de omvang zoals de voorliggende aankunnen; dat voorts, wegens de dreigende betekening die onder verwijzing naar een wachttermijn van tien dagen door de verwerende partij in een brief van 21 augustus 2006 wordt aangekondigd, te dezen wordt aanvaard dat de verzoekende partij een beroep deed op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid;

3. Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending aanvoert van het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur; dat zij daartoe betoogt dat uit het beoordelingsrapport niet blijkt dat de verwerende partij rekening heeft gehouden met de problemen bij de onderaannemer van de NV Soresma, namelijk de NV Haecon, bij de beoordeling van de offertes en meer bepaald bij de quotering voor het derde criterium zijnde het projectteam, dat een criterium als het projectteam niet tot een beoordeling kan leiden nu de verwerende partij niet eens weet of ze effectief een beroep kan doen op de geprezen “ruime inhoudelijke kennis en terreinkennis” van de projectteamleden van de onderneming die instaat voor de uitvoering van het volledige tweede deel van de opdracht, namelijk NV Haecon, dat het faillissement op zijn minst een nadere studie vergde van de nog aanwezig zijnde kennis van de projectteamleden van NV Haecon zodat de bestreden toewijzingsbeslissing onzorgvuldig is voorbereid;

Overwegende dat de verwerende partij tegenwerpt dat een faillissement van een onderaannemer geen reden is tot uitsluiting van een inschrijver en stelt dat zij kennis heeft genomen van publiek gemaakte informatie, namelijk een persmededeling, waaruit blijkt dat de NV Soresma het handelsfonds, het personeel en de lopende opdrachten van de NV Haecon heeft overgenomen;

Overwegende dat de tussenkomende partij tegen het middel inbrengt dat zij een deel van het handelsfonds van de NV Haecon overnam op 1 januari 2005 en daarover een persbericht verspreidde, overname die op 18 april 2005 na het faillissement van NV Haecon “bevestigd” werd en “opnieuw ondertekend met de curator”, dat de “meeste werknemers uit NV Haecon en het

projectteam nu tewerkgesteld [zijn] bij NV Soresma” en aldus de “inhoudelijke kwaliteit gegarandeerd blijft” van het ingenieursbureau;

Overwegende dat het verweer m.b.t. de uitsluiting wegens faillissement niet relevant lijkt aangezien het middel niet de schending van een selectie criterium doch van een gunningscriterium betreft, meer bepaald het derde, “het projectteam”; dat, wat de daarop te betrekken beoordeling betreft, het rapport van de beoordelingscommissie dagtekent van 1 oktober 2004 en de verwerende partij door de verzoekende partij reeds in die maand op de hoogte werd gebracht van de moeilijkheden van de NV Haecon; dat de verwerende partij het desalniettemin niet nodig vond de offerte van de NV Soresma op dit punt minstens te herbekijken niettegenstaande zoals uit haar verweer op het vierde middel lijkt voort te vloeien, zij ervan overtuigd is dat het projectteam van de NV Soresma waar personeel van de NV Haecon een substantieel onderdeel van uitmaakt - blijkens de offerte van de NV Soresma (blz. 31) en het verslag van de beoordelingscommissie (blz. 13) - fundamenteel is bij de gunning van de opdracht; dat het aldus niet coherent lijkt om, enerzijds, de NV Haecon en haar personeel zeer belangrijk te achten voor de gunning maar, anderzijds, niettegenstaande berichten inzake de solvabiliteit en het faillissement van de NV Haecon, de offertes niet opnieuw te beoordelen; dat zulks des te meer klemmt omdat het verslag van de beoordelingscommissie dagtekent van 1 oktober 2004, terwijl de eerste bestreden beslissing blijkbaar slechts genomen werd in augustus 2006;

Overwegende, wat de overname van het personeel betreft, dat de stukken betreffende de overname die bij het verzoekschrift tot tussenkomst zijn gevoegd, lijken aan te tonen dat de tussenkomende partij slechts twee van de vijf personeelsleden die NV Haecon zou geleverd hebben aan het projectteam, heeft overgenomen; dat meer bepaald in de offerte van NV Soresma de genaamden Haerens, Huyghens, Wijffels, Van Hoeymissen en Luteijn werden voorgesteld met diploma's en specifieke ervaring, maar bij de voornoemde overname enkel de eerstgenoemde twee projectmedewerkers overgingen naar NV Soresma; dat ten slotte het verslag van de beoordelingscommissie opgesteld is op 1 oktober 2004 wijl de moeilijkheden met de NV Haecon van daarna dateren en de toewijzing pas van augustus 2006; dat, indien in dat verslag kwaliteiten worden toegedicht aan de NV Haecon zoals in de bespreking aan de hand van het gunningscriterium projectteam, dergelijke beoordeling volledig achterhaald lijkt op het ogenblik dat de

verwerende partij haar toewijzingsbeslissing nam en zij geacht lijkt te mogen worden van die toestand op te hoogte zijn geweest, hetgeen zij niet lijkt te ontkennen;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat lijkt te moeten worden afgeleid dat de verwerende partij het derde gunningscriterium heeft gehanteerd zonder daarbij de nodige zorgvuldigheid aan de dag te hebben gelegd; dat zulks te meer klemmt, nu zij bij dat criterium de tussenkomende partij zelfs een 18/20, het hoogst toegekende waarderingscijfer heeft toebedeeld; dat een dergelijke beoordeling de daarop gesteunde toewijzingsbeslissing lijkt te vitiëren; dat het middel ernstig is;

4. Overwegende dat aldus is voldaan aan 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 toegewezen; dat de schorsing van de tenuitvoerlegging van de toewijzingsbeslissing, te dezen de eerste bestreden beslissing, het nadeel van de verzoekende partij voldoende weert zodat er alleen daarom al geen reden is om ook de tenuitvoerlegging van de impliciete weigering de opdracht aan de verzoekende partij toe te wijzen te schorsen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Soresma in het administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van onbekende datum waarbij de NV Waterwegen en Zeekanaal de opdracht betreffende de opmaak van het ontwerp van de waterkering en de opmaak van een MER in het kader van het sigmaplan (traject Zeeschelde R.O. Schellebelle-Schoonaarde - bestek 16EI/04/22) toewijst aan de NV Soresma.

Artikel 3.

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

Artikel 4.

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

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op veertien september 2006, door :

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

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.