

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 173.471 van 12 juli 2007
in de zaak A. 184.173/XII-5143.**

In zake : de NV FORTIS CORPORATE INSURANCE, vennootschap naar
Nederlands recht,
die woonplaats kiest bij
advocaten L. Schuermans en P. Teerlinck,
kantoor houdende te Turnhout,
de Merodelei 112

tegen :

de NV BEHEERSMAATSCHAPPIJ ANTWERPEN MOBIEL,
vennootschap van publiek recht,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'hooghe en S. Jochems,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Fortis Corporate Insurance op 29 juni 2007 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing van onbekende datum van de Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel, NV van publiek recht, tot niet selectie van verzoekende partij voor de opdracht van verzekeringen realisatie project Oosterweelverbinding (BAM 2007/01) -percelen A en B (leidende verzekeraar)”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 2 juli 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 10 juli 2007, om 11.00 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten L. Schuermans en C. De Wolf, loco advocaat P. Teerlinck, die verschijnen voor de verzoekende partij, en van advocaten D. D'hooghe en S. Jochems, die verschijnen voor de verwerende 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,

OVERWEEGT HETGEEN VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. In bestuursvergadering van 19 januari 2007 beslist de raad van bestuur van verwerende partij de opdracht tot het sluiten van de kernverzekeringen voor het Project Oosterweeldeverbinding door middel van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande Belgische en Europese bekendmaking goed te keuren.

2. In het Europees Publicatieblad van 6 maart 2007 en in het Bulletin der Aanbestedingen van 6 maart 2007 wordt de opdracht voor de aanneming van diensten bekendgemaakt die met een onderhandelingsprocedure zal worden gegund.

Acht percelen worden voorgesteld; de percelen kunnen elk worden onderverdeeld in twee subpercelen - het subperceel voor de leidende verzekeraar en het subperceel voor de medeverzekeraar- ; de inschrijver is niet verplicht voor elk perceel in te schrijven.

De betwisting betreft te dezen :

- perceel 1 of A : “ABR” (alle bouwplaatsrisico’s) en “ALOP” (advanced loss of profits)
- perceel 2 of B : “XS Burgerlijke aansprakelijkheidsverzekering”.

Als voorwaarde voor deelneming wat economische en financiële draagkracht betreft, wordt onder meer het volgende vermeld :

“ 2. Minimale onderschrijvingscapaciteit

a. Eerste verzekeraar (leidende verzekeraar)

De kandidaat eerste verzekeraar bevestigt op erewoord en onderbouwt in de kandidaatstelling voor elk perceel waarvoor hij kandideert dat zijn minimale onderschrijvingscapaciteit (eigen retentievermogen aangevuld met de treaty herverzekeringscapaciteit maar met uitsluiting van specifieke projectgebonden facultatieve herverzekeringscapaciteit) gelijk is aan of groter dan de volgende op het relevante perceel toepasselijk minimaal bedrag:

50 miljoen EUR voor perceel A;
25 miljoen EUR voor elk van de andere percelen behalve het perceel H (Zaakschade terrorisme);
15 miljoen EUR voor het perceel H (Zaakschade terrorisme).

b. Medeverzekeraar

De kandidaat medeverzekeraar bevestigt op erewoord en onderbouwt in de kandidaatstelling voor elk perceel waarvoor hij kandideert dat zijn minimale onderschrijvingscapaciteit (eigen retentievermogen aangevuld met de treaty herverzekeringscapaciteit maar met uitsluiting van specifieke projectgebonden facultatieve herverzekeringscapaciteit) gelijk is aan of groter dan de volgende op het relevante perceel toepasselijk minimaal bedrag :

15 miljoen EUR bedraagt voor perceel A;
7,5 miljoen EUR bedraagt voor elk van de andere percelen.”,

4. In het “selectiedossier” wordt de kandidaat verzekeraars erop gewezen, in het stadium van de kandidaatstelling “geen projectgebonden onderschrijvingsexclusiviteit te bedingen bij hun herverzekerders” (blz. 14 - 3.5. selectieleidraad). Zulks wordt ook vermeld onder punt 3.3.2.1. van de selectieleidraad waarbij tevens een definitie gegeven wordt van wat verstaan wordt onder minimale onderschrijvingscapaciteit : “eigen retentievermogen aangevuld met de treaty herverzekeringscapaciteit maar met uitsluiting van specifieke projectgebonden facultatieve herverzekeringscapaciteit”.

5. Met een brief van 3 april 2007 stelt verzoekende partij zich kandidaat. Ze schrijft alleen in, niet in combinatie, en voor alle percelen behalve perceel C en dit als hoofdverzekeraar. Op blz. 8 van het selectiedossier wordt wel vermeld : “Elke kandidaat eerste verzekeraar (leidende verzekeraar) wordt echter geacht zijn kandidatuur ook als medeverzekeraar te hebben gesteld, tenzij uitdrukkelijk andersluidende melding van de verzekeraar”.

In bijlage 6 tot dit schrijven is er een nota opgenomen inzake de “minimale onderschrijvingscapaciteit”. Hierin betoogt verzoekende partij hetgeen volgt :

“Zoals aangegeven in het Aanvraagformulier (bijlage 1) stelt Fortis Corporate Insurance zich kandidaat als hoofdverzekeraar (leidende verzekeraar) voor alle percelen, behalve voor perceel C (Contractors Pollution Liability).

Nochtans beschikt FCI niet voor alle percelen over de gevraagde minimale Treaty-onderschrijvingscapaciteit als hoofdverzekeraar (zie bijgevoegde tabel). FCI is van mening dat dit gunningscriterium in dit stadium van de procedure van geen waarde is bij het selecteren van de kandidaat-verzekeraars.

Alle kandidaat verzekeraars kunnen enkel voldoen aan de gevraagde Treaty-capaciteit onder de opschortende voorwaarde dat zij nog beschikken over deze

(jaarlijks te hernieuwen) Treaty-capaciteit op het moment dat de dekking effectief zal moeten ingaan (dit geldt zeker voor de dekkingen van perceel H (terrorisme) en perceel E (decennale aansprakelijkheid - aanvang dekking ten vroegste binnen 4 jaar).

Er wordt geen melding gemaakt of de gevraagde Treaty-capaciteit op MPL-basis is (Maximum Possible Loss), PML-basis (Probable Maximum Loss) of TSI-basis (Total Sum Insured).

Treaty capaciteit is in wezen ook een herverzekeringscapaciteit; nochtans worden geen eisen gesteld aan de kwaliteit van de Treaty-herverzekeringscapaciteit (A-rating herverzekeraars?). FCI kan de gevraagde capaciteit aanvullen op facultatieve basis en doet hierbij uitsluitend beroep op eerste-rangs herverzekeraars die minimaal een A-rating hebben. Deze capaciteit wordt voor de volledige duur van het project ingekocht en niet jaar per jaar zoals een Treaty-capaciteit. Voor een project van deze omvang zal ook door maatschappijen met voldoende Treaty-capaciteit toch facultatieve capaciteit moeten worden ingekocht om totale versnippering onder medeverzekeraars te vermijden.

Er is een totale discrepantie tussen het niveau van de gevraagde Treaty-capaciteit en de gevraagde incasso-volumes. Zo heeft een verzekeraar voor perceel A die slechts 2.000.000, EUR incasso heeft als kandidaat hoofdverzekeraar helemaal geen nood aan een Treaty-capaciteit van 50.000.000,-EUR.

Indien het criterium van de Treaty-capaciteit wordt aangehouden, dan wordt hierdoor bij voorbaat een deel van de markt -met inbegrip van alle belgo-belgische verzekeraars- uitgesloten. Verzekeraars die deel uitmaken van grote financiële groepen en een leidende positie hebben op de Belgische markt. Deze uitsluiting belemmert de vrije-marktwerking, leidt tot minder concurrentie en ultiem tot hogere premies. Kan dit de bedoeling zijn?

Onze conclusie is dat dit gunningscriterium niet relevant is, maar dat daarentegen doorslaggevend zijn :

- de rating van de (her-)verzekeraar (financiële draagkracht en stabiliteit - zie bijlage 5)
- de aangetoonde ervaring/bekwaamheid (cfr. projecten uit het verleden en premie-incasso - zie bijlage 7 en 8)

OVERZICHT - voldoende Treaty-capaciteit volgens selectiedossier ?

PERCEEL	Als hoofdverzekeraar	Als medeverzekeraar
Perceel A	NEEN	JA
Perceel B	NEEN	JA
Perceel C	NVT	NVT
Perceel D	JA	JA
Perceel E	JA	JA

Perceel F	JA	JA
Perceel G	NEEN	JA
Perceel H	NEEN	NEEN

NVT : Niet Van Toepassing”.

6. Er wordt een beoordelingsverslag, met datum 24 mei 2007, opgesteld betreffende alle percelen, waaruit blijkt dat voor perceel A vijf inschrijvers als leidend verzekeraar geselecteerd werden en voor perceel B ook vijf inschrijvers.

In dit verslag wordt opgemerkt dat verzoekende partij voor de te dezen in het geding zijnde percelen A en B (beide leidend verzekeraar) niet geselecteerd wordt omdat zij niet voldoet aan de gevraagde minimum onderschrijvingscapaciteit.

7. Met de bestreden beslissing van 25 mei 2007 gaat de raad van bestuur van verwerende partij akkoord met het voorstel in het beoordelingsverslag.

8. Met een brief van 21 juni 2006 schrijft verwerende partij het volgende aan verzoekende partij :

“U stelde zich kandidaat voor de in referte vermelde opdracht - percelen A en B (leidende verzekeraar).

Tot onze spijt moeten wij U, overeenkomstig artikel 21 bis, § 1 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten meedelen dat uw kandidaatstelling niet werd geselecteerd.

De reden hiervoor is het niet voldoen aan het selectiecriteria “Minimale Onderschrijvingscapaciteit”, zoals door Uzelf is aangegeven”.

Een uittreksel uit het selectieverslag wordt op 29 juni 2007 om 15.33 u overgemaakt aan verzoekende partij.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

9. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid 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.

10. Wat de voorwaarde van het nadeel betreft, betoogt verzoekende partij dat zij de mogelijkheid om zelf de opdracht uit te voeren wenst te vrijwaren en het te dezen gaat om een prestigeproject met een enorme waarde en met een evidente grote referentiewaarde.

11. In een eerste middel voert verzoekende partij schending aan van artikel 17, §3, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van de artikelen 68, 70 en 71 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van “de omzendbrief dd. 10 februari 1998 inzake de kwalitatieve selectie van aannemers, leveranciers en dienstverleners; schending van het beginsel van de mededinging en van het gelijkheidsbeginsel”. Daartoe wordt de grief aangebracht, dat in het selectiedossier onder deel A, “selectieleidraad”, onder randnummer 3.3.2, de voorwaarden voor deelneming zijn vastgelegd, waaronder een “minimale onderschrijvingscapaciteit”. Deze laatste is volgens verzoekende partij niet aangepast aan de aard van de te begeven opdracht en heeft een te grote beperking inzake mededinging tot gevolg.

De bekritiseerde voorwaarde is verzoekende partij al bekend sedert haar inschrijving, dus ten laatste sinds de dag dat ze kennis nam van de aankondigingen van 6 maart 2007. In de aangehaalde bijlage 6 van haar inschrijving wordt voorts door haarzelf met zoveel woorden aangegeven dat zij niet voldoet aan die voorwaarde voor de kwestieuze percelen A en B. Op dat ogenblik diende het voor verzoekende partij reeds duidelijk te zijn dat zij bij toepassing van die voorwaarde wellicht niet mocht worden geselecteerd, en stond haar nadeel - het niet kunnen deelnemen aan de mededinging voor de opdracht - reeds in voldoende mate vast. Zij heeft verkozen om toch een inschrijving in te dienen, zonder zich reeds in rechte te voorzien tegen een bepaling die haar duidelijk uitsloot van de opdracht en die zij in strijd achtte met de in het middel genoemde bepalingen. Als met de bestreden beslissing dat nadeel zich nu - definitief - en dringend manifesteert, heeft verzoekende partij dat aan haar eigen houding te wijten, nu ze

het risico heeft geaccepteerd, dat de door haar in vraag gestelde - duidelijke - bepaling inzake de inschrijvingscapaciteit, die ze reeds drie maanden kende, toch zou worden toegepast. Het kan niet worden aangenomen dat dit nadeel nu nog in een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingeroepen. Het risico op het dringend worden van het nadeel is tevoren reeds geaccepteerd en dat nadeel vloeit overigens niet rechtstreeks en alleen voort uit de bestreden beslissing, maar in wezen uit de betrokken bepaling van de selectieleidraad. Dergelijk nadeel wordt niet aanvaard als het in het artikel 17 bedoelde nadeel.

12. In het tweede middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 17, §3, van de voormelde wet van 24 december 1993, nu “de toepassing van de onderhandelingsprocedure noch in de aankondiging, noch in het selectiedossier wordt gemotiveerd”.

Uit de finaliteit van het voormelde artikel 17 en het principe dat ook de Raad van State niet vrijelijk de grenzen van de rechtsstrijd mag vaststellen, vloeit voort dat middelen die niet kunnen bijdragen tot het beoogde voordeel dat een verzoekende partij beoogt, of anders gezegd het door die partijen geschetste nadeel niet kunnen weren - of het zelfs vergroten - niet moeten worden onderzocht.

Te dezen betoogt verzoekende partij in het middel dat ten onrechte een beroep is gedaan op de onderhandelingsprocedure. Het ernstig en later gegrond bevinden van dit middel zou echter de tot hiertoe doorlopen gunningsprocedure tenietdoen zodat het voordeel dat verzoekende partij met de huidige vordering beoogt - om uiteindelijk de in het geding zijnde opdracht toegewezen te krijgen en daartoe eerst de beslissing tot niet-selectie ongedaan te maken - voor allicht een hele periode buiten het bereik van verzoekende partij komt. In het licht van het concrete voorwerp van de vordering en het aangevoerde nadeel is het middel dienvolgens niet dienstig.

13. De middelen dienen niet nader te worden onderzocht, nu niet is aangetoond dat de schorsing op grond van het ernstig bevinden ervan, ook kan steunen op het rechtens vereiste moeilijk te herstellen nadeel. Aan de door het voormelde artikel 17 voorgeschreven voorwaarden is dienvolgens niet voldaan. Die vaststelling dient tot verwerping van de vordering te leiden.

OM DIE REDENEN
BESLUIT DE RAAD VAN STATE :

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 twaalf juli 2007 door :

de H. D. VERBIEST,
Mevr. G. SCHEVENEELS,

kamervoorzitter,
toegevoegd griffier.

De griffier,

De voorzitter,

G. SCHEVENEELS.

D. VERBIEST.