

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 195.386 van 17 juli 2009
in de zaak A. 193.281/XII-5884.**

In zake : de NV PROBAM,
die woonplaats kiest bij
advocaat M. Schoups,
kantoor houdende te Antwerpen,
De Burburestraat 6-8

tegen :

het GEMEENTELIJK HAVENBEDRIJF ANTWERPEN,
dat woonplaats kiest bij
advocaten D. D’Hooghe en I. Arnouts,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Probam op 7 juli 2009 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “de beslissing van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen van 15 juni 2009 (Nr. 092266 Infrastructuur - Bestek B9606) om de opdracht van diensten betreffende de controlerende en adviesverlenende opdracht als Quantity Surveyor voor het project Nieuw Havenhuis toe te wijzen aan nv AT Osborne en niet aan NV Probam”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 8 juli 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 16 juli 2009, om 10.00 uur;

Gehoord het verslag van staatsraad D. Moons;

Gehoord de opmerkingen van advocaat K. Lemmens, die loco advocaat M. Schoups verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat L. Schellekens, die loco advocaat D. D’Hooghe verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste 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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

Feiten

1.1. Het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen (GHA) heeft bij wege van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking volgende overheidsopdracht voor diensten uitgeschreven: “Quantity Survey voor het project Nieuw Havenhuis”. Krachtens het bestek is het doel van de opdracht — bestaande uit een studiefase, aanbestedingsfase en uitvoeringsfase :

“het controleren en advies verlenen aan het havenbedrijf met betrekking tot:

- Budgettering en kostenbeheersing;
- Controle meetstaten en kostprijzen;
- Analyse marktconformiteit prijzen;
- Risk management: met betrekking tot kostenbeheersing”.

1.2. Op de opdracht is de reglementering overheidsopdrachten betreffende de nutssectoren van toepassing. Aldus zijn naast de relevante bepalingen van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna: de ‘Wet van 24 december 1993’) onder meer ook het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten (hierna: ‘KB 10 januari 1996’) van toepassing.

1.3. Op 2 april 2009 wordt de overheidsopdracht gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op € 100.000,00 (excl. BTW). Aangezien de drempel van € 412.000 voor Europese bekendmaking aldus niet overschreden wordt, dient er aldus geen Europese bekendmaking te geschieden, bij toepassing van artikel 43, § 1 en 2 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996.

1.4. De aanvragen tot deelneming dienen uiterlijk op 17 april 2009 om 11.00 uur ingediend te worden. De volgende drie ondernemingen dienen een aanvraag tot deelneming in :

- (1) nv AT Osborne;
- (2) nv Probam;
- (3) bvba Indigov.

1.5. In de selectiebeslissing van 27 april 2009 wordt beslist om enkel de kandidaturen van de nv AT Osborne en de nv Probam te selecteren en voornoemde geselecteerde kandidaten het 'Bestek 9606: controlerende en adviesverlenende opdracht als Quantity Surveyor voor het project nieuw Havenhuis gelegen Siberiastraat 20, 2030 Antwerpen' over te maken.

1.6. De opening der inschrijvingen vindt plaats op 15 mei 2009 om 11 uur. Beide geselecteerde kandidaten hebben een offerte ingediend.

1.7. In het bestek worden de volgende gunningcriteria, en hun gewichtscoefficiënt als aanduiding van hun relatief belang, vastgesteld op basis waarvan besloten dient te worden tot de toewijzing van de opdracht :

- De prijs (20% van de punten);
- De meetstaat (20% van de punten);
- De kwaliteit (60% van de punten);

Op basis van de toetsing van de ingediende offertes aan de opgegeven gunningcriteria, luidt de rangschikking van de offertes als volgt :

Firma	Criterium 1 : prijs	Criterium 2 : meetstaat	Criterium 3 : kwaliteit	TOTAAL
Probam nv	19,5 / 20	18 / 20	48 / 60	85,5 / 100
AT Osbourne nv	18,5 / 20	16 / 20	55 / 60	89,5 / 100

Het gunningverslag besluit dan ook :

“Het directiecomité gunt de opdracht vervat in bestek B 9606 - controlerende en adviesverlenende opdracht als Quantity Surveyor voor het project Nieuw Havenhuis, gelegen Siberiastraat 20 te 2030 Antwerpen aan de firma AT Osborne voor een bedrag van 348.950EUR, excl. BTW”;

1.8. Bij schrijven van 22 juni 2009 wordt de nv Probam in kennis gesteld van de beslissing tot toewijzing.

Bij schrijven van dezelfde datum wordt tevens overgegaan tot kennisgeving aan de nv AT Osborne van de goedkeuring van haar offerte en aldus toewijzing van de opdracht.

1.9. Met een schrijven van 25 juni 2009 heeft de nv Probam aan het GHA verzocht om de gemotiveerde beslissing tot toewijzing te ontvangen.

Bij schrijven van 2 juli 2009 is de gemotiveerde beslissing aan de nv Probam overgemaakt.

1.10. Ondertussen is de nv AT Osborne reeds begonnen met de uitvoering van de opdracht, hetgeen onder meer blijkt uit de aanwezigheid van mevr. Betty Van Eynde en dhr. Frank Vanhuysse (van de nv AT Osborne) op de vergadering van het projectteam van 2 juli 2009.

1.11. Bij verzoekschrift van 7 juli 2009 verzoekt de nv Probam om de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing om de opdracht te gunnen aan de nv AT Osborne en niet aan de nv Probam.

1.12. Bij ééNZijdig verzoekschrift van 7 juli 2009 heeft de nv Probam de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen verzocht om “het verbod op te leggen om overeenkomstig artikel 110, § 1 van het KB van 10 januari 1996, over te gaan tot betekening van de goedkeuring van de offerte van AT Osborne alsook elke handeling die een contractsluiting tussen verwerende partij en AT Osborne tot gevolg zou hebben aangaande voormelde opdracht tot er een arrest is van de Raad van State over de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid”, en dit “onder verbeurte van een dwangsom van 100.000,00 EUR bij overtreding van voormeld verbod”.

Bij beschikking van 7 juli 2009 beslist de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen de vordering ontvankelijk en gegrond te verklaren en legt aldus aan het GHA het gevorderde verbod alsook de dwangsom op.

Voornoemde beschikking is op 7 juli 2009 betekend aan het GHA.

Onderzoek van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid

2. Overeenkomstig 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.

2.1. Wat de derde voorwaarde van voornoemd artikel 17, §§ 1 en 2, betreft overweegt de Raad van State wat volgt :

2.1.1. Na het voleindigen van de bevraging die het voorwerp van deze procedure uitmaakt, werd bij aangetekend schrijven van 22 juni 2009 aan de nv AT Osborne ter kennis gebracht dat haar offerte werd goedgekeurd. Aldus staat, overeenkomstig artikel 110, § 1, 3/ van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 vast dat de overeenkomst tussen het GHA en de nv AT Osborne tot stand is gekomen.

In het arrest nr. 87.983, Feyfer-Formanova gewezen in Algemene Vergadering van de Raad van State op 15 juni 2000, werd geoordeeld dat een niet-weerhouden inschrijver geen moeilijk te herstellen ernstig nadeel lijdt door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beslissing tot toewijzing van een overheidsopdracht aan een andere inschrijver, eens die toewijzingsbeslissing aan laatstgenoemde is betekend en het contract aldus is ontstaan.

Desbetreffend werd onder meer het volgende overwogen :

“Overwegende dat zoals hierboven bij de uiteenzetting van de feiten is vermeld, de beslissing van 26 augustus 1999 waardoor de verwerende partij de opdracht heeft gegund aan de bvba Studiebureau GVE, met aangetekende brief verstuurd op 22 september 1999 aan laatstgenoemde ter kennis werd gebracht; dat die kennisgeving tot gevolg heeft gehad dat tussen beide partijen een overeenkomst is ontstaan; dat een schorsing door de Raad van State van de beslissing tot gunning van de opdracht niet de schorsing van die overeenkomst zou meebrengen, aangezien het tot de uitsluitende bevoegdheid van de hoven en rechtbanken behoort om de uitvoering van een overeenkomst te schorsen; Overwegende, bijgevolg, dat het nadeel waardoor verzoekers aanvoeren bedreigd te zijn - te weten, de definitieve onmogelijkheid de opdracht uit te voeren met de daaraan verbonden gevolgen - niet kan worden tenietgedaan of vermeden door een schorsingsarrest van de Raad van State; dat die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing af te wijzen”.

2.1.2. Die rechtspraak werd in latere arresten door de Raad van State bevestigd (zie o.m. R.v.St., 29 juni 2000; Dreamport Incorporated, nr. 88.532; R.v.St., 23 oktober 2001, nv Cosimco e.a., nr. 100.084; R.v.St., 25 juli 2001, nv General Industrial Assistance Cataro, nr. 97.955; R.v.St., 19 juni 2002, nv ISS, nr. 108.092; R.v.St., 13 februari 2003, nv Sobep, nr. 115.904; R.v.St., 20 februari 2003, nv Emiel Nuyens-Autocars Excelsior, nr. 116.175; R.v.St., 25 februari 2003, nv Peeters Drukkerij Orientaliste, nr. 116.446; R.v.St., 9 oktober 2003, nv Aventis Pasteur MSD, nr. 124.067; R.v.St., 22 maart 2005, nv Drukkerij Joos, nr. 142.423; R.v.St., 28 juni 2007, NV Scheepvaart en Konstruktiebedrijf, 172.835).

2.1.3. In casu was de stand still regeling niet van toepassing, nu de Europese mededingingsregels niet van toepassing zijn. De waarde van de opdracht werd immers geraamd op € 100.000,00 (excl. BTW) terwijl het Europees drempelbedrag voor de opdrachten in de nutssectoren € 412.000 bedraagt. Dit werd ter zitting niet betwist.

Evenmin werd betwist dat inmiddels het contract werd afgesloten tussen de nv AT Osborne en de verwerende partij.

2.1.4. Gelet op de omstandigheden van de zaak komt het passend voor de kosten ten laste te leggen van de verwerende partij.

3. Bijgevolg is niet voldaan aan de derde cumulatieve voorwaarde van voornoemd artikel 17, §§ 1 en 2.

Deze vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing te verwerpen.

**OM DIE REDENEN
BESLIST 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 verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zeventien juli 2009, door :

de HH. D. MOONS,
F. BONTINCK,

wnd. kamervoorzitter, staatsraad,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

D. MOONS.