

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 195.419 van 27 juli 2009
in de zaak A. 193.325/XII-5887.**

In zake : 1. de NV DE COSTER GRONDWERKEN,
 2. de BV VAN LEEUWEN KATWIJK,
 samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap
 THV VAN LEEUWEN KATWIJK BV-H. DE COSTER,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaat P. Verachtert,
 kantoor houdende te Overpelt,
 Oude Markt 18/1

tegen :

de NV DE SCHEEPVAART,
die woonplaats kiest bij
advocaat A. Craeybeckx,
kantoor houdende te Antwerpen,
Arenbergstraat 23.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV DE COSTER GRONDWERKEN en de BV VAN LEEUWEN KATWIJK, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap THV VAN LEEUWEN KATWIJK BV-H. DE COSTER, op 10 juli 2009 hebben ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “het besluit van N.V. DE SCHEEPVAART (...) van 24 juni 2009 waarin deze betreffende de overheidsopdracht voor aanneming van werken voor de afbraak van de gebouwen Dossche aan het Albertkanaal, gemeente Heusden-Zolder (besteknummer WBK/09-02) na het doorlopen van de procedure van openbare aanbesteding voor aanneming van de werken hoger vermeld, ter kennis gebracht (...) bij schrijven van 26 juni 2009 en waarbij de gedelegeerd bestuurder van gedaagde zijn goedkeuring hecht aan de offerte van BALDEWIJNS & CO BVBA voor de werkzaamheden hoger vermeld en de offerte van verzoekende partijen, met nochtans de laagste inschrijving als onregelmatig afwijst”;

Gezien de nota van de verwerende partij en de “nota tot wederantwoord” van de verzoekende partijen;

Gelet op de beschikking van 13 juli 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 22 juli 2009, om 14.30 uur;

Gehoord het verslag van staatsraad D. Moons;

Gehoord de opmerkingen van advocaat K. Van Der Heyden, die loco advocaat P. Verachtert verschijnt voor de verzoekende partijen, en van advocaten A. Craeybeckx en P. Thomaes, die verschijnen 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 :

1. De feiten

1.1. In het najaar van 2008 wordt door de verwerende partij het hoogste bedrijfsgebouw van de provincie Limburg aangekocht waarin de firma Dossche tot zes jaar geleden veevoerders produceerde. Na de afbraak van de bestaande bedrijfsgebouwen zullen de negen hectaren (gelegen aan het Albertkanaal in de gemeente Heusden-Zolder) die hierdoor vrijkomen ten dienste gesteld worden van bedrijven met watergebonden activiteiten.

1.2. De verwerende partij schrijft in dit kader een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken (besteknummer WBK/09 - 02) betreffende de afbraak van de gebouwen Dossche te Heusden-Zolder, dit volgens de procedure van de openbare aanbesteding.

1.3. De opening van de offertes is voorzien op vrijdag 20 maart 2009.

1.4. Bij de opstelling van het proces-verbaal van opening der offertes voor aanneming van werken van 20 maart 2009 wordt vastgesteld dat 18 kandidaten een offerte indienden voor deze opdracht.

1.5. De verzoekende partijen hebben onder de vennootschapsvorm van een tijdelijke handelsvennootschap op deze openbare aanbesteding ingeschreven en dit voor een bedrag van 184.600 euro (excl. BTW).

1.6. Na de opening van de offertes blijkt dat de totale uitvoeringsprijs van de verzoekende partijen 64,03% lager ligt dan het gemiddelde van de 18 inschrijvingen. Naast de verzoekende partijen schreven ook drie andere inschrijvers (met name de BVBA Baldewijns & Co, de BVBA Croes en de NV De Meuter G&A) in met een totale inschrijvingsprijs van meer dan 15% onder het gemiddelde.

1.7. De verwerende partij verzoekt conform artikel 110, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (hierna : koninklijk besluit van 8 januari 1996) dan ook, wat de voornoemde vier inschrijvers betreft, om een verantwoording van zowel hun globale inschrijvingsprijs als de eenheidsprijzen die in hun respectievelijke offertes als abnormaal werden bestempeld. Dit gebeurt bij aangetekend schrijven van 31 maart 2009.

Voor wat de specifieke offerte van de verzoekende partijen betreft, verzoekt de verwerende partij om een prijsverantwoording van de posten met nrs. 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 en 41.

1.8. De verzoekende partijen beantwoorden op 8 april 2009 dit verzoek waarbij zij een verantwoording geven van hun inschrijvingsprijs van 223.366,00 euro (184.600,00 euro + btw 38.766,00 euro).

De verzoekende partijen verwijzen ter ondersteuning van de abnormaal lage inschrijvingsprijs naar de opbrengst van het staal dat zij verwachten te genereren uit de afbraak van de hoge torens.

1.9. De verzoekende partijen voorzien in deze context in de recuperatie van 5.000 ton staal voor een totaal bedrag van 750.000,00 euro (150,00 euro per ton). De verzoekende partijen voorzien meer specifiek in een totale sloopkost van 894.468,00 euro en een totale recuperatieopbrengst van 963.750,00 euro. Het slopen zou volgens hun berekeningen dus een batig saldo opleveren van 69.282,00 euro. Dit batig saldo zou hen vervolgens in staat stellen voor de bovenvermelde posten een dermate lage inschrijvingsprijs voor te stellen.

Ter vergelijking voorziet de tweede laagste inschrijver, de BVBA Baldewijns & Co, in een totale inschrijvingsprijs van 293.428,63 euro (242.503,00 euro + btw 50.925,63 euro) en de derde laagste inschrijver, de BVBA Croes, in een totale inschrijvingsprijs van 381.513,00 euro (315.300,00 euro + btw 66.213,00 euro).

1.10. Na de ontvangst van de verscheidene prijsverantwoordingen stelt de verwerende partij intern een nota prijsonderzoek inschrijvingen op. Uit deze nota zou blijken dat enkel de offerte van de verzoekende partijen onregelmatigheden bevat.

De verwerende partij formuleert, voor wat de offerte van de verzoekende partijen betreft, twee bedenkingen. Vooreerst met betrekking tot het baseren van hun prijs op de recuperatie van materiaal terwijl de hoeveelheden onzeker zijn, ten tweede met betrekking tot het feit dat de verzoekende partijen hun inschrijvingsprijs baseren op de som van bedragen van het bestek alsof alle posten aan de voorziene hoeveelheid zullen worden uitgevoerd.

De verwerende partij stelt voor de opdracht te gunnen aan de tweede laagste inschrijver, de BVBA Baldewijns & Co.

1.11. Deze interne bevindingen van de dossierbeheerster van de verwerende partij worden op 21 april 2009 voor advies doorgestuurd naar de afdeling Algemene Technische Ondersteuning van het departement Mobiliteit en Openbare Werken van het Vlaamse Gewest (hierna : ATO).

1.12. Op 29 april 2009 richt de ATO aan de verwerende partij een brief waarin zij schrijft dat op basis van artikel 110, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 de offerte van de verzoekende partijen dient te worden geweerd.

De ATO wijst er op dat de (vermoedelijk) te hoge inschatting van de hoeveelheid te recupereren staal zou leiden tot een meerkost voor de verzoekende partijen van 450.000 euro bij de uitvoering van de werken. Hierdoor dient de totale inschrijvingsprijs pas als tiende te worden gerangschikt.

De ATO wijst er tevens op dat ook de offerte van de BVBA Baldewijns & Co haar op het eerste gezicht als onregelmatig overkomt, gelet op de niet-gestaafde afnameprijs voor het kaphout en het staal.

Gelet op de opmerkingen die worden geformuleerd op de ingediende offertes van de beide inschrijvers, adviseert de ATO om de derde laagste offerte, ingediend door de BVBA Croes, goed te keuren.

1.13. De verwerende partij verzoekt vervolgens op 11 mei 2009 om bijkomende stavingsstukken, wat de BVBA Baldewijns & Co betreft, voor de twee betrokken posten waarop de ATO negatief heeft geadviseerd. Het betreft de voorziene afnameprijs van het schroot en van het kaphout.

1.14. De bijkomende stavingstukken worden bij brief van 22 mei 2009 door de BVBA Baldewijns & Co overgemaakt waarin zij de offertes van de betrokken onderaannemers kan voorleggen die de hogere afnameprijzen uit haar initiële offerte verantwoorden.

1.15. Deze bijkomende verantwoording van de BVBA Baldewijns & Co wordt vervolgens op 2 juni 2009 overgemaakt aan de ATO.

1.16. Bij brief van 5 juni 2009 laat de ATO weten dat, gelet op de bijkomende elementen die werden aangebracht door de BVBA Baldewijns & Co, hun inschrijving ten bedrage van 293.428,63 euro als regelmatig dient te worden beschouwd. Het initiële voorstel van de verwerende partij tot gunning van de betrokken overheidsopdracht aan de BVBA Baldewijns & Co kan dan ook gunstig geadviseerd worden.

Het interne gunningsverslag van de verwerende partij, op 24 juni 2009 opgesteld door haar dossierbeheerster, stelt dan ook voor de opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver, in casu de BVBA Baldewijns & Co.

Dit advies wordt vervolgens op 24 juni 2009 door de verwerende partij bekrachtigd in haar gunningsbesluit waardoor de offerte van de BVBA Baldewijns & Co wordt goedgekeurd, voor de afbraak van de gebouwen Dossche te Heusden-Zolder.

In het gunningsbesluit wordt met betrekking tot de offerte van de verzoekende partijen het volgende overwogen :

“Gelet op het feit dat het bedrag van de offerte van THV Van Leeuwen Katwijk B.V.-H. De Coster 64,03 % lager ligt dan het gemiddelde berekend volgens artikel 110 § 4 van het KB van 8 januari 1996;

Gelet op het feit dat een prijsonderzoek werd ingesteld naar de regelmatigheid van de totale inschrijvingsprijs van THV Van Leeuwen Katwijk B.V.-H. De Coster, Baldewijns & Co BVBA, Croes BVBA en De Meuter G& A NV, alsook naar de regelmatigheid van de eenheidsprijs van een aantal posten;

Gelet op de vraag tot prijsverantwoording, die in het kader van dit onderzoek werd gericht aan THV Van Leeuwen Katwijk B.V. -H. De Coster, Baldewijns & Co BVBA, Croes BVBA en De Meuter G& A NV en de prijsverantwoording die daarop door deze inschrijver werd verstrekt;

Overwegende dat THV Van Leeuwen Katwijk B. V.-H. De Coster rekent op een zeer grote hoeveelheid recuperatie van materiaal en in het bijzonder van staal vergeleken met de op één na en op twee na laagste inschrijvers;

Overwegende dat de hoeveelheid te recupereren materiaal onzeker (is), en zij vooral hiermee hun inschrijvingsprijs bepaald hebben;

Overwegende dat de aanbestedende overheid op basis van de analyse van de door THV Van Leeuwen Katwijk B.V.-H. De Coster ingediende prijsverantwoording, van oordeel is dat hun offerte niet regelmatig is”.

1.17. Bij aangetekende brief van 26 juni 2009 worden de verzoekende partijen per aangetekende brief in kennis gesteld van het feit dat hun offerte als onregelmatig werd geweerd (conform artikel 25, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996).

1.18. De raadsman van de verzoekende partijen verzoekt bij brief van 6 juli 2009 om mededeling van het administratief dossier met onder meer het gemotiveerde besluit van niet-gunning, het evaluatieverslag, het gunningsverslag alsmede de adviezen hieromtrent.

1.19. Deze stukken worden door de verwerende partij op 8 juli 2009 aan een medewerker van de verzoekende partijen overhandigd.

2. De rechtspleging

Op 20 juli 2009 dienen de verzoekende partijen een “nota tot wederantwoord inzake (een) verzoek tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in”.

Dit stuk dat bestaat uit 23 bladzijden is niet voorzien in het procedurereglement en wordt bijgevolg uit de debatten geweerd.

3. De ontvankelijkheid

De verwerende partij werpt excepties op die betrekking hebben op de ontvankelijkheid van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er bestaat voornamelijk nog geen noodzaak om over de excepties uitspraak te doen.

Een onderzoek naar en een uitspraak daarover zou slechts noodzakelijk zijn, indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

4. Onderzoek van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid

4.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat de 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.

4.2. Wat de eerste voorwaarde betreft, met name de uiterst dringende noodzakelijkheid, maken de verzoekende partijen aannemelijk dat zij hun vordering tijdig hebben ingediend binnen een termijn van elf dagen de na ontvangst van de mededeling tot niet-gunning.

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

4.3.1. Wat de derde voorwaarde betreft, met name het moeilijk te herstellen ernstig nadeel, schrijven de verzoekende partijen in hun verzoekschrift wat volgt :

“Het hoeft geen betoog dat in hoofde van mijn verzoekende partij een ernstig nadeel ontstaat indien de opdracht wordt toegewezen via de loutere betekening van de gunningsbeslissing aan de concurrent van mijn verzoekende partij en waardoor dus de overeenkomst ontstaat.

Verzoekende partij ziet zich overigens door de tenuitvoerlegging van de bestreden onwettige beslissing ontnomen van een belangrijke referentie gezien het bestek de afbraak voorziet van grote industriële gebouwen, gegeven dat op zichzelf niet veelvuldig voorkomt, en waarbij enkel aannemers met een grote slagkracht en belangrijk(e) technische know how in burgerlijke bouwkunde in aanmerking komen voor de realisatie ervan.

De omvang van de opdracht in deze en de enorme financiële belangen die er mee gepaard gaan, blijken uit de omvang van de inschrijvingen en waarbij het verlies aan referentiewaarde van dergelijke opdracht op zich reeds een ernstig nadeel uitmaakt dat, bij gebreke van uitvoering in natura en het bekomen van het corresponderende attest van goede uitvoering, moeilijk te herstellen is.

Dit wordt nog versterkt door de wetenschap dat het project uiterst prestigieus is gezien het kadert in de afbraak van oude gebouwen en waarbij ook naar de toekomst ervan, de referentiewaarde uiterst belangrijk is”.

4.3.2. Het eerste onderdeel van het nadeel dat de verzoekende partijen aanhalen, betreft de totstandkoming van de overeenkomst, “via de loutere betekening van de gunningsbeslissing aan de concurrent van (de) verzoekende partijen”.

Dit nadeel is op dit ogenblik onbestaand, gelet op de niet betwiste omstandigheid dat de gunningsbeslissing nog niet werd betekend en dat een kortgedingprocedure hangende is voor de Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Hasselt.

4.3.3. Het tweede onderdeel van het nadeel is hypothetisch, minstens niet bewezen.

Noch uit het administratief dossier noch uit het dossier van de verzoekende partijen blijkt dat de afbraakwerken zouden kunnen gelden als een belangrijke referentie. Evenmin tonen de verzoekende partijen aan dat “het bestek de afbraak voorziet van grote industriële gebouwen, gegeven dat op zichzelf niet veelvuldig voorkomt, en waarbij enkel aannemers met een grote slagkracht en een belangrijk(e) technische know how in burgerlijke bouwkunde in aanmerking komen voor de realisatie ervan”. Elke cijfermatige benadering van de waarde van de opdracht door de verzoekende partijen, vergeleken met hun financiële situatie, omzet en concurrentiële positie, ontbreekt.

Bijgevolg is dit onderdeel van het nadeel niet ernstig.

4.3.4. Het derde onderdeel van het nadeel betrekken de verzoekende partijen op de enorme financiële belangen die ermee gepaard gaan en op het verlies aan referentiewaarde.

Noch het ene, noch het andere maken de verzoekende partijen aannemelijk, vermits zij geen enkel financieel gegeven meedelen en evenmin een overzicht geven van hun bedrijfsactiviteiten.

Daardoor kan niet worden ingezien dat het weerhouden inschrijvingsbedrag van 293.428,63 euro een dergelijk impact zou hebben op de financiële situatie van de verzoekende partijen en evenmin dat dit een moeilijk te herstellen ernstig nadeel zou uitmaken.

In de mate dat de verzoekende partijen verwijzen naar de belangrijke referentiewaarde van de opdracht lichten zij niet verder toe waarom dit, zoals zij beweren, een uiterst prestigieus project is. Het enkele feit dat het gaat om oude gebouwen volstaat daartoe niet. Dit lijkt trouwens veeleer de regel voor afbraakwerken. In de mate dat zij verwijzen naar het feit dat het gaat om grote industriële gebouwen beweren zij, maar tonen zij niet concreet aan waarom een project als dit op zichzelf niet veelvuldig voorkomt. Ook het argument dat enkel aannemers met grote slagkracht en belangrijke technische know-how in burgerlijke bouwkunde in aanmerking komen voor de realisatie, overtuigt niet. Dit wordt immers tegengesproken door het groot aantal inschrijvers. In het bestek worden bovendien geen bijzondere kwalitatieve selectievoorwaarden bepaald, maar wordt vastgesteld dat de minimumvoorwaarden van financiële, economische en technische aard vereist zijn, en dat op grond van de wetgeving betreffende de erkenning van aannemers van werken, deze volstaan.

4.4. Bijgevolg is niet voldaan aan de derde cumulatieve voorwaarde van voormeld artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Deze vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid 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 350 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen, elk voor de helft.

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

de HH. D. MOONS,
D. DECOCK,

wnd. kamervoorzitter, staatsraad,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

D. DECOCK.

D. MOONS.