

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 197.688 van 10 november 2009
in de zaak A. 194.372/XII-5998**

In zake: 1. de NV LESUCO
2. de NV NUTONS
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christian Lepaffe en Philip Brack
kantoor houdend te Brussel
Floridalaan 26
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Henry Van Burm
kantoor houdend te Gent
Cyriel Buyssestraat 12
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV SPORTINFRABOUW
2. de NV CERTYSTERCK
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

De vordering, ingesteld op 22 oktober 2009, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Gent dd. 24 september 2009, waarvan hen kennis werd gegeven bij aangetekend schrijven dd. 8 oktober 2009, en waarbij de Stad Gent haar eerder genomen beslissing dd. 24 december 2008, waarbij zij de opdracht zoals vervat in het bijzonder bestek nr. 08980/02/00/00 en strekkende tot het aanleggen van een nieuwe atletiekbaan en het bouwen van een atletiekaccommodatie in het Sportcentrum gelegen aan de Emanuel

Hielstraat - Racingstraat - Frederick Buvervenichstraat te Gent- Gent-Brugge had toegewezen aan verzoekers, heeft ingetrokken en de opdracht niet langer aan verzoekers doch aan de Tijdelijke Vereniging Sportinfrabouw-Certysterck heeft toegewezen”.

II. Verloop van de rechtspleging

De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 november 2009, om 14.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Philip Brack, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Bart Vanlee, die loco advocaat Henri Burm verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

1.1. De stad Gent schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een overheidsopdracht van werken aan het “Sportcentrum Emmanuel Hielstraat - Racingsstraat - Frederik Burvenichstraat te Gent - Gentbrugge - aanleggen van een nieuwe atletiekpiste en bouwen van atletiekaccommodatie”. De waarde van de opdracht wordt geraamd op 2.348.807,51 euro, btw niet inbegrepen.

1.2. Op 24 december 2008 keurt het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent het gunningsverslag van 17 december 2008 goed en beslist het de opdracht toe te wijzen aan de verzoekende partijen.

1.3. Met een brief van 22 januari 2009 deelt de stad Gent aan de drie andere inschrijvers mee dat hun offerte niet werd uitgekozen.

1.4. De tussenkomenende partijen vragen met een brief van 26 januari 2009 “het proces-verbaal van aanbesteding met de uitgebreide motivering van uw besluit, opdat [zij] in de toekomst offertes kunnen maken die beter aansluiten bij uw wensen en vereisten”. Met een brief van 27 januari 2009 wordt vervolgens de toewijzingsbeslissing en het gunningsverslag meegedeeld.

1.5. In een e-mail van 2 februari 2009 maken de tussenkomenende partijen vervolgens een aantal opmerkingen en stellen zij een aantal vragen bij het gunningsverslag. In essentie stellen zij dat de offerte van de verzoekende partijen om verscheidene redenen niet de laagst regelmatige is, maar wel hun offerte.

Met een brief van 5 maart 2009 antwoordt de stad Gent dat ingevolge hun klacht “het onderzoek aangaande de gunning van de opdracht wordt heropend”.

1.6. Eerder had de eerste verzoekende partij met een brief van 3 februari 2009 meegedeeld dat zij had vernomen dat “onze offerte [...] niet weerhouden werd” en het “gedetailleerd motivatieverslag omtrent deze beslissing” opgevraagd.

Met een brief van 5 maart 2009 antwoordt de stad Gent aan de verzoekende partijen dat het onderzoek aangaande de gunning van de opdracht ingevolge een klacht wordt heropend en dat, zodra een definitieve beslissing wordt genomen, zij hiervan in kennis zullen worden gesteld.

Met een brief van 10 maart 2009 wordt hun alsnog het (eerste) gunningsverslag meegedeeld “onder voorbehoud van verder onderzoek” en dit met de mededeling dat dit “niet [mag] beschouwd worden als een betekening van de opdracht”.

1.7. De ingediende offertes worden opnieuw onderzocht en er wordt op 8 september 2009 een nieuw gunningsverslag opgesteld.

Alle inschrijvers worden geselecteerd. De offerte van de verzoekende partijen wordt thans echter substantieel onregelmatig bevonden wegens afwijking van essentiële bestekbepalingen.

1.8. Op 24 september 2009 neemt het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent de thans bestreden beslissing waarbij de eerste toewijzingsbeslissing van 24 december 2008 wordt ingetrokken, het gunningsverslag van 8 september 2009 wordt goedgekeurd, de offerte van de verzoekende partijen wordt geweerd wegens afwijkingen van essentiële bestekbepalingen (technische specificaties) en de opdracht wordt toegewezen aan de aannemer met de “meest voordelige regelmatige offerte, rekening houdend met de in het bijzonder bestek gestelde gunningscriteria, namelijk T.V. Sportinfrabouw - Certysterck”.

1.9. Bij aangetekend schrijven van 8 oktober 2009 brengt de stad Gent de verzoekende partijen op de hoogte van de bestreden beslissing. In dit schrijven wordt *in fine* vermeld: “Naar analogie met artikel 21 bis van de Wet van 24 december 1993, beschikt u over een termijn van vijftien dagen, ingaand op de datum volgend op de verzendingsdatum van deze brief, om eventueel beroep aan te tekenen bij een rechtscollege. Indien het stadsbestuur binnen de toegestane termijn geen schriftelijke kennisgeving in die zin ontvangt op haar correspondentieadres, zal worden overgegaan tot betekening van de opdracht”. Vervolgens wordt nog gewezen op de mogelijkheid om bij de Raad van State, “een vordering tot nietigverklaring en/of tot schorsing” in te stellen.

1.10. Op 22 oktober 2009 dienen de verzoekende partijen de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

IV. Tussenkomen

2. Met een op 29 oktober 2009 ter post aangetekend verzoekschrift vragen de nv Sportinfrabouw en de nv Certysterck, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet hun verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

3. 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.

VI. Beoordeling van de eerste schorsingsvoorwaarde

Stelling der partijen

4. Wat de eerste schorsingsvoorwaarde betreft benadrukken de verzoekende partijen dat zij deze opdracht zelf willen uitvoeren en dat het verloop van de gewone schorsingsprocedure het nadeel voor verzoekende partijen niet zal kunnen vermijden gezien de dreigende betekening van de opdracht waardoor overeenkomstig artikel 117 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, de overeenkomst zal ontstaan. Gelet op de heersende “Feyfer Formanova-rechtspraak” van de Raad van State zal de vordering tot schorsing dan naar alle waarschijnlijkheid worden afgewezen. Voorts verwijzen zij naar artikel 21bis en naar de te dezen niet relevante artikelen 41sexies en 62bis - die immers de bijzondere sectoren betreffen - van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, op grond waarvan de geweerde inschrijver verplicht is een beroep te doen op de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

De verwerende partij gaat in de nota niet in op deze schorsingsvoorwaarde.

De tussenkomen de partijen werpen tegen dat niet voldaan is aan de voorwaarde van de uiterst dringende noodzakelijkheid nu de voorwaarden van artikel 21bis van de voormelde wet van 24 december 1993 niet zijn vervuld en de verzoekende partijen niet aantonen dat een andere procedure niet tijdig zou kunnen worden gevoerd.

Beoordeling

5. Er dient te worden vastgesteld dat de in het geding zijnde opdracht een opdracht lijkt die niet verplicht onderworpen is aan Europese bekendmaking bij de aanvang van de opdracht, namelijk een opdracht waarvan het geraamde bedrag ervan gelijk is aan of hoger dan het bedrag bepaald in artikel 1, § 3, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, thans 5.150.000 euro. De raming van de opdracht verwijst immers naar een geraamde waarde van 2.348.807,51 euro.

Zoals de Raad van State echter reeds herhaaldelijk heeft vastgesteld, onder meer in het door de tussenkomen de partijen vermelde arrest *nv Verkeer, Signalisatie en Elektronica*, nr. 182.324 van 24 april 2008, mag de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid niet slechts worden aangewend in de gevallen waarin de wet deze uitdrukkelijk voorschrijft zoals in het - te dezen gelet op de niet-overschrijding van het voormelde drempelbedrag - niet toepasselijke artikel 21bis van de wet van 24 december 1993, maar daarnaast ook in de enkele gevallen dat een gewone vordering tot schorsing onherroepelijk te laat zou komen om het nadeel te weren.

Te dezen wordt in de voormelde brief van 8 oktober 2009 door de verwerende partij aangegeven dat de verzoekende partijen “Naar analogie met artikel 21 bis van de Wet van 24 december 1993, [beschikken] over een termijn van vijftien dagen, ingaand op de datum volgend op de verzendingsdatum van deze brief, om eventueel beroep aan te tekenen bij een rechtscollège. Indien het stadsbestuur binnen de toegestane termijn geen schriftelijke kennisgeving in die zin ontvangt op haar correspondentieadres, zal worden overgegaan tot betekening van de opdracht”.

Met de tussenkomen de partijen kan worden vastgesteld dat aldus niet uitdrukkelijk wordt vermeld dat het binnen de bedoelde termijn enkel een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid was die mocht

worden ingesteld - hetgeen op zichzelf overigens de Raad van State nog niet zou verplichten tot de aanvaarding van die procedure - en dat anders zou worden overgegaan tot betekening; voorts wordt trouwens in die brief slechts in het algemeen gewezen op “de mogelijkheid zoals vermeld in artikel 19, tweede lid van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973, een vordering tot nietigverklaring en/of tot schorsing in te stellen tegen deze beslissing van het college van burgemeester en schepenen. (Artikels 14 en 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State). De voorwaarden waaraan u moet voldoen, vindt u in bijlage”. Noch in deze brief, noch in zijn bijlage wordt uitdrukkelijk verwezen naar de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Ten slotte lijkt het ook niet dat de verwerende partij meteen de genoemde betekening zou hebben verricht indien verzoekende partijen een gewone vordering tot schorsing zouden hebben ingesteld. Niet in haar nota en evenmin ter terechtzitting geeft zij een dwingende noodzaak daartoe aan. De dringende noodzakelijkheid wordt te dezen dan ook niet aanvaard.

6. Uit de terechtzitting zullen de verzoekende partijen hebben meegedragen dat niet enkel de voorwaarde van de uiterst dringende noodzakelijkheid hun eis bezwaarde. Mochten zij toch nog overwegen om een beroep tot nietigverklaring in te stellen, met een daaraan verbonden gewone vordering tot schorsing, dan ligt in de context van de voorliggende betwisting op hen een plicht tot diligent handelen en tot het snel indienen van het betrokken verzoekschrift, zonder daarbij nog het einde van de daartoe nog openstaande termijn mag worden afgewacht. Die termijn is overigens al deels verstreken. Indien de verwerende partij de bestreden toewijzingsbeslissing toch zou betekenen, vooraleer de voormelde termijn is verlopen of vooraleer op de gewone schorsingsvordering uitspraak is gedaan door de Raad van State, dan zou dergelijke betekening strijdig lijken met wat van een zorgvuldig handelend bestuur mag worden verwacht.

7. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat te dezen niet is aangetoond dat een gewone schorsing onherroepelijk te laat zou komen om het aangevoerde nadeel te weren, dat de verzoekende partijen leggen in het niet zelf kunnen uitvoeren van de opdracht. Aldus is niet voldaan aan de eerste van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die vervuld moeten zijn om de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid toe te wijzen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Sportinfrabouw en de nv Certysterck, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 350 euro, elk voor de helft.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 250 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 10 november 2009, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
met bijstand van	
Wim Geurts,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

Wim Geurts

Dierk Verbiest