

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 197.862 van 17 november 2009
in de zaak A. 106.939/XII-3193.**

In zake : de NV AQUA-RENO (in faillissement),
vertegenwoordigd door curatoren M. Schoenmaekers en
H. Willems,
die woonplaats kiezen bij
advocaat P. Flamey,
kantoor houdende te Antwerpen,
Jan Van Rijswijcklaan 16.

tegen :

de NMBS-HOLDING, naamloze vennootschap van publiek recht,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe en M. Gelders,
kantoor houdende te Brussel,
Loksumstraat 25.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Aqua-Reno op 5 juli 2001 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing van de NMBS van ongekende datum tot toekenning, via onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, van de opdracht ‘Station Oostende bouwen van een overkapping van het voorperron, overdekte fietsenstalling en verbindingsluifel’ aan de NV Depret volgens gunningsverslag d.d. 13 april 2001 inzake bestek nr. 3/PA/3/9901A”;

Gelet op het arrest nr. 100.086 van 23 oktober 2001 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting van het geding van 7 november 2001 ingediend door de verzoekende partij;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 22 maart 2005 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 8 juli 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 8 september 2009;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. Bosquet, die loco advocaat P. Flamey verschijnt voor verzoekende partij, en van advocaat N. Kiekens, die loco advocaat D. D'Hooghe verschijnt voor verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur L. Vermeire;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. Verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor een aanneming van werken voor het bouwen van een overkapping van het voerperron, een overdekte fietsenstalling en een verbindingsluifel aan het station van Oostende. De opening van de inschrijvingen is bepaald op 28 september 2000.

Vier ondernemingen, waaronder verzoekende partij, dienen een offerte in. Blijkens het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen zijn de bedragen van de offertes de volgende:

- nv Depret : 53.910.493 frank,
- nv Aqua Reno : 63.692.479 frank,
- nv Moens : 64.516.325 frank,
- nv Baeck Janssen : 65.727.304 frank.

Volgens het gunningsverslag van 5 oktober 2000 worden de werken geraamd op 51.533.800 frank. In dit verslag wordt voorgesteld “de opdracht te gunnen aan nv Depret [...] die de laagste (voordeligste) offerte heeft ingediend”. Er wordt echter opgemerkt :

“Gezien de laagste inschrijving echter 15,9% onder het gemiddelde bedrag van de inschrijvingen ligt, wordt deze beschouwd als een offerte waarvan het eventueel abnormaal karakter van de prijs moet worden nagezien door de aanbestedende overheid”.

Met een aangetekend schrijven van 13 oktober 2000 vraagt verwerende partij aan de nv Depret “verantwoordingen [...] aangaande het abnormaal laag karakter van [haar] inschrijving”.

Met een brief van 24 oktober 2000 antwoordt de nv Depret dat zij de kosten van “het gedeelte dakopbouw” heeft onderschat. Zij geeft een meerprijs op van 2.215.001 frank.

Een op 28 november 2000 gedateerde interne nota van verwerende partij luidt onder meer als volgt :

“Bij openbare aanbesteding op 28/09/2000 heeft de firma Depret uit Zeebrugge de laagste inschrijving ingediend voor een bedrag van 53.910.493 BEF.

Als antwoord op ons schrijven van 13/20/2000 [...] vraagt deze aannemer [...] een supplement ten bedrage van 2.215.001 BEF. Zijn nieuw inschrijvingsbedrag wordt derhalve 56.125.494 BEF. Dit bedrag is lager dan dat van de 2de inschrijver, de firma Aqua-Reno (63.692.479 BEF). Het verschil tussen het bedrag van de raming, t.t.z. 51.333.800 BEF en dat van de firma Aqua-Reno is bovendien groot.

Wij stellen derhalve voor de huidige procedure stop te zetten en op basis van art. 39 §2-1d van de wet van 24/12/1993 een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op te starten waarbij de 4 inschrijvers van voornoemde openbare aanbesteding uitgenodigd worden een nieuwe offerte in te dienen”.

Deze nota wordt goedgekeurd op 23 november 2000 en dienvolgens wordt de procedure stopgezet.

2. Volgens de memorie van antwoord van verwerende partij, die op dit punt niet wordt tegengesproken door verzoekende partij, neemt de NMBS “begin december 2000” telefonisch contact op met “alle ondernemingen die in het kader van de eerste gunningsprocedure een inschrijving hadden ingediend, [...] alsook een

andere onderneming, m.n. de nv Himpe” en deelt hun mee dat “de eerste gunningsprocedure werd stopgezet”; tevens werd hun gevraagd “of zij geïnteresseerd waren om deel te nemen aan de nieuwe gunningsprocedure”.

Blijkens de memorie van antwoord betoonden alle gecontacteerde ondernemingen hun interesse.

Met een schrijven van 13 december 2000 worden de documenten betreffende de onderhandelingsprocedure aan de voornoemde ondernemingen gezonden.

De opening van de offertes is bepaald op 18 januari 2001. Alle gecontacteerde kandidaten, behalve de nv Himpe, hebben een offerte ingediend. Uit het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen blijken de volgende offertebedragen :

- nv Depret : 58.680.423 frank,
- nv Aqua Reno : 62.399.101 frank,
- nv Baeck Janssen : 64.852.362 frank,
- nv Moens : 1.713.144, 59 euro.

3. Op 24 januari 2001 richt verzoekende partij een aangetekend schrijven aan verwerende partij. Zij vraagt om “per kerende de gemotiveerde beslissing te laten kennen, waarbij U oordeelde de eerste aanbesteding en ingediende offertes ‘als onbestaand te beschouwen’”. Verzoekende partij stelt dat “gezien de overduidelijk veel te lage prijs van de nv Depret bij de eerste (openbare) aanbesteding, en gezien het feit dat deze laatste zich hiervoor ook niet kon verantwoorden, diende de opdracht volgens de normale loop van de procedure te worden gegund aan de eerstvolgende regelmatige inschrijver, m.n. Aqua Reno nv”. Zij betoogt vervolgens dat “thans wordt getracht via het systeem van de ‘onderhandelingsprocedure’ de nv Depret een tweede kans te geven om haar onregelmatige en veel te lage inschrijving te regulariseren” en dat “de nv Depret nooit [had] mogen uitgenodigd worden tot deze onderhandelingsprocedure”.

Met een brief van 29 januari 2001 repliceert verwerende partij als volgt :

“Bij gemotiveerde beslissing van 23.11.00 heeft de hogere overheid van de NMBS besloten af te zien van de gunning van de opdracht en de procedure te

herbeginnen. Op basis van art. 39 par.2-1d van de wet van 24.12.93 werd een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking opgestart.

Conform art. 112 van het KB van 10.01.1996 maken wij u als bijlage een kopie van deze beslissing over”.

In een aangetekend schrijven van 9 februari 2001 handhaaft verzoekende partij haar voormelde standpunt. Verzoekende partij haalt daarbij de tekst aan van artikel 39, § 2, 1/, d), van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en betoogt dat “aangezien enkel de inschrijving van de nv Depret onregelmatig was, diende de aanvankelijke aanbesteding gewoon doorgang te vinden en lijkt het dat ten onrechte en niet conform de wettelijke vereisten op arbitraire wijze op een onderhandelingsprocedure werd overgestapt”.

Verwerende partij antwoordt met een brief van 20 februari 2001 :

“Art. 39 par. 2 1/ d) van de wet van 24.12.93 stelt dat overheidsopdrachten mogen gegund worden bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking wanneer ingevolge een procedure met voorafgaande mededinging, geen enkele offerte of geen enkele passende offerte ingediend werd, voor zover de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk gewijzigd werden.

[...]

De reden waarom wij uw offerte -als laagste regelmatige inschrijving- niet hebben weerhouden, is u reeds bekend: het verschil tussen het bedrag van onze raming en uw inschrijvingsbedrag was te groot. Wij hadden dan ook het recht om uw offerte als niet passend af te wijzen en een onderhandelingsprocedure op te starten.

[...]

Uw verwijt dat wij het gelijkheidsbeginsel zouden hebben aangetast, houdt geen steek: alle oorspronkelijke inschrijvers hebben immers de kans gekregen hun prijsofferte aan te passen; u heeft deze kans trouwens met beide handen aangegrepen en uw offerte met een aanzienlijk bedrag (1.293.378 BEF) verlaagd.

Uw ongenoegen terzake kunnen wij dan ook moeilijk begrijpen”.

4. Op 9 april 2001 hecht verwerende partij haar goedkeuring aan de offerte van de nv Depret. Dit is de bestreden beslissing Deze onderneming wordt met een schrijven van diezelfde datum op de hoogte gebracht van deze beslissing.

Met een brief van 19 april 2001 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat haar offerte van 18 januari 2001 “niet weerhouden werd”.

5. Met een aangetekend schrijven van 24 april 2001 vraagt verzoekende partij “per kerende overeenkomstig art. 111 van het K.B. dd. 10.01.1996 een kopie van de gemotiveerde beslissing van gunning van opdracht”.

Bij brief van 10 mei 2001 stuurt verwerende partij een kopie van de toewijzingsbeslissing aan verzoekende partij. In bijlage bij deze brief bevindt zich een “gunningsverslag”, 13 april 2001 gedateerd. In dit verslag worden de inschrijvingen gerangschikt en wordt vastgesteld dat de offerte van nv Depret “als laagste regelmatige inschrijving [werd] goedgekeurd door de bevoegde overheid”.

II. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. Verzoekende partij leidt een enig middel af uit “de schending van artikel 39 §2, 1/ d van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, uit schending van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag, en met toepassing van artikel 159 Grondwet”.

7. Met dit middel bekritiseert verzoekster in de eerste plaats het feit dat verwerende partij de eerste gunningsprocedure heeft stopgezet en is overgegaan tot een tweede gunningsprocedure via een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, dit “ingevolge de vermeende vaststelling dat de eerste procedure met voorafgaande mededeling geen enkele passende offerte opleverde”. In het bijzonder laakt zij het feit dat haar eigen offerte niet als passend werd “weerhouden”. Verzoekende partij omschrijft daarbij een “niet passende offerte” als “een offerte waarvan de inhoud geen verband houdt met de opdracht en die derhalve volstrekt ongeschikt is om in de behoeften te voorzien zoals deze in de aanbestedingsdocumenten zijn omschreven”; zij stelt dat uit niets blijkt dat haar offerte onaanvaardbaar of onregelmatig zou zijn geweest, noch dat haar offerte ongeschikt zou zijn geweest. Zij vervolgt: “de enkele vaststelling dat de NMBS expliciet heeft geoordeeld dat verzoeksters offerte niet weerhouden kon worden ‘als passend’ enkel

en alleen omdat het verschil tussen het bedrag van de raming en [haar] inschrijvingsbedrag te groot was [...] volstaat om te besluiten dat de NMBS ten onrechte is overgegaan tot een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking”. Zij besluit dat “de in casu gevolgde onderhandelingsprocedure en het gevolg dat er aan gegeven werd, met name de toewijzing van de opdracht aan de firma Depret, dan ook geen grondslag kan vinden in artikel 39, §2, 1/d Wet van 24 december 1993 en bijgevolg onwettig is”.

Ten tweede hekelt verzoekende partij het feit dat “uit geen enkel aan verzoekster bekend gegeven of dossierstuk blijkt dat er daadwerkelijk onderhandelingen werden gevoerd zoals vereist in artikel 39, §2, eerste lid van de Wet O.O., voor zover al toepassing zou kunnen gemaakt worden van de hypothese bedoeld in littera d), die in elk geval beperkend dient uitgelegd te worden en in casu niet wettelijk mocht toegepast worden; dat bijgevolg bij gebreke van onderhandelingen ook om deze reden de toewijzing onwettig is”.

Ten derde beroept verzoekende partij zich op artikel 159 van de Grondwet om een “onwettigheidsexceptie” op te werpen “ten aanzien van de beslissing tot stopzetting van de procedure openbare aanbesteding en de beslissing tot heraanbesteding volgens onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking”.

8. In haar memorie van wederantwoord verwijst verzoekende partij betreffende de ontvankelijkheid van het middel - die door de verwerende partij wordt betwist - naar “de theorie van de complexe rechtshandeling”. Zij stelt dat “in casu én de beslissing tot stopzetting van de aanbestedingsprocedure én de beslissing om voorliggende opdracht toe te wijzen via een onderhandelingsprocedure zonder twijfel voorbereidende beslissingen [zijn] die rechtsgevolgen hebben ten aanzien van voorliggende toewijzingsbeslissing”. Verzoekende partij betoogt vervolgens dat “het [vaststaat] dat deze voorbereidende beslissingen ten aanzien van verzoekster niet elke kans op toewijzing van de opdracht hebben ontnomen” en dus “niet definitief geworden zijn”, vermits verzoekende partij “begin december 2000 [werd] uitgenodigd door de aanbestedende overheid om een offerte in te dienen [...], hetgeen betekende dat zij, [...], vooralsnog een kans had om de opdracht toegewezen te krijgen in het kader van de onwettige onderhandelingsprocedure”. Volgens verzoekende partij “kan [er] dan ook geen twijfel over bestaan dat verzoekster in het kader van dit vernietigingsverzoek ten aanzien van voorliggende bestreden toewijzingsbeslissing met succes middelen kan aanvoeren die verband houden met

de onwettige beslissingen om de lopende aanbestedingsprocedure stop te zetten en de voorliggende opdracht te gunnen via een onderhandelingsprocedure”. Ten slotte stelt zij, wat haar belang bij het enige middel betreft :

“Wanneer de onwettigheid van de voorbereidende beslissing om te gunnen via een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, zijnde de motivering - ‘er is geen passende offerte ingediend’ - om in casu een beroep op de onderhandelingsprocedure te rechtvaardigen, komt vast te staan, impliceert zulks dat de laagste regelmatige offerte van verzoekster in het kader van de aanbestedingsprocedure ten onrechte niet werd weerhouden als zijnde passend, hetgeen impliceert dat op dat ogenblik vast zal staan dat verzoekster ten onrechte de opdracht niet kreeg toegewezen, op grond waarvan een rechtsherstel zal kunnen worden bekomen”.

9. Verzoekende partij doet in haar laatste memorie nog gelden dat zij “wel degelijk beschikt over het rechtens vereiste belang om op te komen tegen de toewijzingsbeslissing genomen in het kader van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking en zonder dat zij het recht verliest om zich te beroepen op onwettigheden die vervat zijn in de beslissing van 23 november 2000”, precies omdat zij was uitgenodigd om deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure en aldus niet door de beslissing tot stopzetting van de eerste procedure van elke kans op toewijzing werd beroofd.

Beoordeling

10. Verzoekende partij beroept zich ten onrechte op de theorie van de complexe rechtshandeling. Opdat van een complexe bestuurlijke rechtshandeling sprake zou kunnen zijn is immers vereist dat de eerdere beslissing beschouwd moet worden als specifiek voorbereidend op de latere in het geding zijnde beslissing. Te dezen blijkt er tussen de beslissing tot stopzetting en de beslissing tot toewijzing geen dergelijk verband te bestaan. De tweede gunningsprocedure kent namelijk haar eigen verloop, dat los staat van de inhoud van de eerdere procedure en dat tot een eigen resultaat leidt, resultaat dat niet beïnvloed wordt door dit van de eerste gunningsprocedure. Bijgevolg vormen de beide gunningsprocedures elk onderscheiden bestuurlijke processen die tot eigen eindbeslissingen aanleiding gaven.

Het enige middel is dan ook niet ontvankelijk in de mate dat het is gesteund op de vermeende onwettigheden van de beslissing van 23 november 2000 tot stopzetting van de eerste gunningsprocedure, namelijk motiveringsgebreken die verzoekende partij daarbij ontwaart.

11. Wat de door verzoekende partij ingeroepen onwettigheid van de keuze voor een onderhandelingsprocedure betreft, betoogt zij in haar memorie van wederantwoord dat, indien de onwettigheid zou komen vast te staan van de voorbereidende beslissing om te gunnen via een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, dit meteen met zich meebrengt dat zij de opdracht “ten onrechte [...] niet kreeg toegewezen”, vermits dan ook meteen vaststaat dat “de laagste regelmatige offerte van verzoekster in het kader van de aanbestedingsprocedure ten onrechte niet werd weerhouden als zijnde passend”.

Verzoekende partij gaat hierbij opnieuw uit van haar stelling dat beide procedures deel uitmaken van éénzelfde, “overkoepelende” complexe bestuurlijke rechtshandeling. Zoals hiervoor reeds werd vastgesteld is zulks echter te dezen niet het geval. Dienvolgens kan niet worden ingezien welk voordeel verzoekende partij zou kunnen halen uit de vaststelling van de eventuele onwettigheid van de beslissing om de kwestieuze opdracht te gunnen middels een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, nu zij werd uitgenodigd om aan deze procedure deel te nemen en in het kader van deze procedure een offerte heeft ingediend.

Bijgevolg is het enige middel niet ontvankelijk in de mate dat het steunt op de vermeend onwettige keuze voor de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

12. Gelet op de voorgaande vaststellingen is het middel enkel nog ontvankelijk in de mate dat verzoekende partij daarin opwerpt dat “uit geen enkel aan [haar] bekend gegeven of dossierstuk blijkt dat er daadwerkelijk onderhandelingen werden gevoerd, zoals vereist in artikel 39, § 2, eerste lid”, van de voormelde wet van 24 december 1993.

Het genoemde artikel bepaalt dat bij de onderhandelingsprocedure de opdracht mag worden gegund “indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers”. Uit die bepaling kan niet worden afgeleid dat “daadwerkelijk[e] onderhandelingen” steeds verplicht zijn : te dezen mag het de opdrachtgevende overheid niet als een schending van de voornoemde bepaling worden aangerekend, doordat zij bij analogie toepassing heeft gemaakt van de principes die de openbare aanbesteding beheersen en aldus de laagste regelmatige offerte als de voordeligste

aanbieding heeft beschouwd. Het voeren van eigenlijke onderhandelingen was vanuit deze optiek dan ook overbodig, minstens niet vereist.

Op dit punt is het enige middel niet gegrond.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 347,06 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zeventien november 2009, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
	F. BONTINCK,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

D. VERBIEST.