

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 199.284 van 29 december 2009
in de zaak A. 194.842/XII-6051**

In zake: de NV ZAVENTEM AIRWAY CAMPUS (ZAC)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bruno De Winter en Carlo Van Caekenberg
kantoor houdend te Gent
Stapelplein 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de REGIE DER GEBOUWEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 december 2009, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van: “Beslissing, zonder gekende datum, tot goedkeuring van het bestek 2009/410000/21A betreffende een promotieovereenkomst voor de terbeschikkingstelling via een huurcontract van 18 jaar, verlengbaar met periodes van 3 jaar, van een gebouw voor de huisvesting in Aalst van de plaatselijke diensten van de FOD’s Financiën, Justitie, WASO en de Regie der Gebouwen en in het bijzonder de bestekbepaling waarbij wordt gesteld dat de offertes uiterlijk maandag 14 december 2009 om 12:00 uur moeten worden ingediend (verder in het bestek is de laatste dag voor indiening van offertes 11 december 2009);

Beslissing van 23 november 2009 van de Vice-Eerste Minister en Minister van Financiën, bevoegd voor de Regie der Gebouwen tot het heraanbesteden van de opdracht onder de vorm van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Promotieovereenkomst voor de terbeschikkingstelling via een huurcontract van 18 jaar, verlengbaar met periodes van 3 jaar, van een gebouw voor de huisvesting

in Aalst van de plaatselijke diensten van de FOD's Financiën, Justitie, WASO en de Regie der Gebouwen, Bijzonder Bestek Nr. 2009/410000/021A”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 december 2009, om 14.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Bruno De Winter en Carlo Van Caekenberg, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Leopold Schellekens, die loco advocaat David D'Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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

3. De verwerende partij schrijft een beperkte offerteaanvraag uit met als voorwerp “Promotieovereenkomst voor terbeschikkingstelling via huurcontract van 18 jaar, van gebouw in Aalst voor FOD's Financiën, Justitie, Waso en Regie der Gebouwen”. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 31 oktober 2007 en in het Europees Publicatieblad op 2 november 2007.

4. Er worden drie aanvragen tot deelneming ingediend. Op 19 augustus 2008 worden deze drie kandidaten, met name de nv RCK Projectontwikkeling, de nv van publiek recht De Post, Real Estate en de nv Zaventem Airway Campus, te dezen verzoekende partij, geselecteerd en wordt beslist dat zij allen zullen worden uitgenodigd om een offerte in te dienen.

5. Bij brief van 17 september 2008 worden de kandidaten effectief uitgenodigd om een offerte in te dienen tegen 17 maart 2009 en wordt hun het bestek meegedeeld.

6. Het bestek bepaalt onder meer dat de inschrijvers bij hun offerte ofwel de uitvoerbare of reeds uitgevoerde bouwvergunning dienen te voegen die volledig overeenstemt met het in de offerte aangeboden gebouw of ontwerp, ofwel het bewijs dat de bouwaanvraag van het in de offerte aangeboden ontwerp werd ingediend. Enkel de offertes waarvan het bijgevoegde ontwerp door een volledig overeenstemmende uitvoerbare bouwvergunning wordt bekrachtigd, zullen worden beoordeeld. Ingeval een bouwvergunning wordt geweigerd of slechts toegestaan met wijzigingen aan het ontwerp, wordt de offerte als nietig beschouwd. Tevens wordt erop gewezen dat de beoordeling van de offertes ten laatste 90 kalenderdagen ingaand de dag na de opening van de offertes, dus op 15 juni 2009, zal aanvangen. De ontwerpen waarvan over de bouwaanvragen op dat moment nog geen resultaat bekend is, zullen als nietig worden beschouwd.

7. In een brief van 6 maart 2009 aan de verwerende partij wijst de verzoekende partij op een aantal vermeende onduidelijkheden en onwettigheden in het bestek en vraagt zij om de opening van de offertes te verdagen naar een latere datum.

8. Met een schrijven van 12 maart 2009 deelt de verwerende partij mee dat zij op dit verzoek niet kan ingaan en betwist zij de kritieken van de verzoekende partij.

9. Vervolgens dienen de drie geselecteerde kandidaten, waaronder de verzoekende partij, op 17 maart 2009 een offerte in.

10. In het gunningsverslag van 28 oktober 2009 wordt vervolgens besloten tot de substantiële onregelmatigheid van de offertes van de drie inschrijvers en wordt voorgesteld om de lopende gunningsprocedure stop te zetten en over te gaan tot een heraanbesteding onder de vorm van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

11. Op 23 november 2009 beslist de verwerende partij tot stopzetting van de gunningsprocedure, tot niet-toewijzing van de opdracht en tot het

heraanbesteden van de opdracht onder de vorm van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

12. Op 1 december 2009 wordt de voormelde beslissing meegedeeld aan de verzoekende partij en wordt zij uitgenodigd om deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure. Als bijlage bij het schrijven wordt het nieuwe bestek gevoegd. Tevens wordt aangekondigd dat de opening van de offertes zal plaatsvinden op 14 december 2009, zoals ook is vermeld op de eerste bladzijde van het bestek. Onder artikel 104 wordt weliswaar ook gewag gemaakt van 11 december.

13. Bij brief van 6 december 2009 deelt de raadsman van de verzoekende partij aan de verwerende partij mee dat de termijn voor de indiening van de offertes onredelijk kort is, de gelijkheid van de inschrijvers schendt en de mededinging in het kader van de nieuwe procedure onmogelijk maakt. De verzoekende partij vraagt de verwerende partij om een termijn van minstens 9 maanden te willen toestaan voor het indienen van de offertes.

14. Met een schrijven van 7 december 2009 deelt de verwerende partij mee dat de termijn voor alle inschrijvers dezelfde is en voortvloeit uit de planning waarin is voorzien dat het gebouw in gebruik wordt genomen tegen uiterlijk eind november 2011. Tevens wordt erop gewezen dat de verzoekende partij net als de andere inschrijvers bij de initiële offerteaanvraag reeds over een termijn van zes maanden beschikte om een offerte in te dienen.

15. Op 8 december 2009 wordt de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld.

16. Vervolgens wordt de verwerende partij door de verzoekende partij gedagvaard in kortgeding. Bij beschikking van 11 december 2009 beveelt de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent de verwerende partij om in afwachting van de uitspraak van de Raad van State inzake het verzoek tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid de termijn voor de indiening van de offertes en de datum van de opening van de offertes met minstens 10 dagen uit te stellen tot 24 december 2009, wordt een verbod opgelegd om de termijn voor de indiening en de opening van de offertes te laten plaatsvinden op 14 december 2009, op straffe van verbeurte van een dwangsom, wordt de verwerende partij verplicht om de termijn

voor het indienen van de offertes en de opening ervan uit te stellen tot de uitspraak van de Raad van State en wordt de verwerende partij verplicht om de kandidaat-inschrijvers van de nieuwe datum voor het indienen van de offertes en de opening van de offertes te verwittigen.

17. Bij brief van 14 december 2009 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat in navolging van de voormelde beschikking de termijn voor het indienen van de offertes wordt uitgesteld tot 24 december 2009, 12 uur. Tevens wordt meegedeeld dat indien het arrest van de Raad van State op dat ogenblik nog niet beschikbaar is, de indiening en de opening van de offertes nogmaals zal moeten worden uitgesteld, uitstel waarvan de verzoekende partij op de hoogte zal worden gesteld.

IV. Schorsingsvoorwaarden

18. 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.

V. De derde schorsingsvoorwaarde

Standpunt van de verzoekende partij

19. Wat betreft het vereiste dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen betoogt de verzoekende partij in de eerste plaats dat zij herstel in natura nastreeft en het behoud van de kans om de litigieuze opdracht te verkrijgen en te kunnen uitvoeren. Zij wijst ook op de omvang van de opdracht, evenals op de belangrijke en prestigieuze referentiewaarde ervan, zelfs op Europees niveau.

Bovendien stelt zij dat zij beschikt over een geschikt, minstens geschikt te maken gebouw, met name het gebouw waar de betrokken overheidsdiensten momenteel worden gehuisvest.

Door te worden gedwongen om binnen de onredelijke termijn van 13 dagen “(of 10 dagen, zie het bestek blz. 22)” een offerte in te dienen, zou de verzoekende partij onmogelijk een offerte kunnen indienen die aan de besteksvereisten kan voldoen, waardoor zij de kans op het verkrijgen van de opdracht zou verliezen.

Beoordeling

20. De voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid is zowel gericht tegen de beslissing tot goedkeuring van het nieuwe bestek in het kader van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking en meer bepaald tegen de besteksbepalingen inzake de vaststelling van de termijn voor het indienen van de offertes, als tegen de beslissing van 23 november 2009 tot het heraanbesteden van de opdracht onder de vorm van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking,

21. Wat de beslissing van 23 november 2009 betreft, heeft de verwerende partij daarmee besloten tot stopzetting van de gunningsprocedure, tot niet-toewijzing van de opdracht en tot het heraanbesteden van de opdracht onder de vorm van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. De verzoekende partij vecht deze beslissing echter blijkbaar enkel aan in de mate hierin wordt beslist tot heraanbesteding onder de voormelde vorm.

Uit deze beslissing blijkt evenwel dat de verzoekende partij in het kader van de nieuwe onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking zal worden uitgenodigd om een offerte in te dienen, zodat zij over een nieuwe kans zal beschikken om mee te dingen en het aangevoerde nadeel niet voorhanden is. Op 1 december 2009 is zij dan ook effectief uitgenodigd (zie hiervoor randnummer 12).

Voorts lijkt de betrokken beslissing nergens een termijn te bepalen voor het indienen van de offertes in het kader van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Bijgevolg is niet aangetoond dat het beweerde nadeel voortvloeit uit de tweede bestreden beslissing.

Het loutere feit dat de verzoekende partij tevens kritiek heeft op de nieuwe gunningswijze is niet van aard om te kunnen besluiten tot een moeilijk

te herstellen ernstig nadeel in haren hoofde, te meer daar zij werd uitgenodigd om deel te nemen aan de nieuwe procedure.

Met betrekking tot de tweede bestreden beslissing dient dan ook te worden vastgesteld dat niet aan het vereiste van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel is voldaan.

22. Ook wat betreft de eerste bestreden beslissing is het door de verzoekende partij aangevoerde nadeel niet aangetoond.

Het beweerde verlies van de opdracht lijkt immers evenmin als uit de tenuitvoerlegging van de tweede bestreden beslissing, voort te vloeien uit de tenuitvoerlegging van de eerste bestreden beslissing, waarbij louter het bestek wordt vastgesteld met daarin de termijn voor het indienen van de offertes. Deze beslissing brengt op zichzelf niet mee dat elke kans op herstel in natura verloren gaat voor de verzoekende partij: zij behelst nog geen keuze van een inschrijver om daarmee de overeenkomst te sluiten. Dit geldt des te meer nu ook blijkt dat de verzoekende partij effectief werd uitgenodigd om een offerte in te dienen in het kader van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

Die conclusie zou slechts mogelijk anders luiden indien de verzoekende partij zou aantonen dat zij ten gevolge van de litigieuze besteksbepaling geen besteksconforme offerte zou kunnen indienen en dus geen enkele reële kans op toewijzing zou kunnen hebben.

Op het eerste gezicht lijkt dit niet afdoende aangetoond om de volgende redenen.

In de eerste plaats valt op te merken dat de verzoekende partij reeds geruime tijd op de hoogte was van het overgrote deel van de besteksbepalingen, aangezien de voorwaarden van het oorspronkelijke bestek, dat haar reeds op 17 september 2008 werd meegedeeld, in het kader van de nieuwe procedure hoofdzakelijk worden hernomen, hetgeen zij niet lijkt te ontkennen. In het kader van de eerste procedure onder de vorm van een beperkte offerteaanvraag beschikten de inschrijvers reeds over een termijn van zes maanden om hun offerte in te dienen.

Voorts kan op het eerste gezicht niet worden aangenomen dat de verzoekende partij alsnog eerst een vergunning zou moeten verkrijgen om een besteksconforme offerte te kunnen indienen. De verzoekende partij geeft in haar verzoekschrift zelf aan dat zij reeds over een geschikt, minstens geschikt te maken, gebouw beschikt. Het bijvoegen van een uitvoerbare vergunning is enkel vereist indien in vergunningsplichtige werken wordt voorzien. In het kader van de eerste procedure blijkt de verzoekende partij, ondanks de termijn van zes maanden voor het indienen van de offerte en een termijn van negen maanden voor het verkrijgen van de vergunning, er zelf bewust voor te hebben gekozen om een offerte in te dienen met enkel niet-vergunningsplichtige aanpassingen en dit in tegenstelling tot de overige twee inschrijvers.

23. Aldus is niet aangetoond dat de verzoekende partij door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan. Dienvolgens is niet voldaan aan één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die cumulatief moeten zijn vervuld wil een vordering tot schorsing worden toegewezen. Deze vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 29 december 2009, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
met bijstand van	
Silja Doms,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

Silja Doms

Dierk Verbiest