

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 199.712 van 21 januari 2010
in de zaak A. 194.621/XII-6032**

In zake: de VOF CUYPERS EN ZONEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Georges Meeus
kantoor houdend te Willebroek
Mechelsesteenweg 26
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD MECHELEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Luypaers en Hans-Kristof Carème
kantoor houdend te Heverlee
Industrieweg 4, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BVBA TAKELDIENST HENDRICKX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ann Devroe
kantoor houdend te Antwerpen,
Louizastraat 32, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 november 2009, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Mechelen van 17 juli 2009 waarbij de overheidsopdracht betreffende het takelen van voertuigen en achtergelaten en gevonden voorwerpen op het grondgebied van de stad Mechelen, perceel 1, voor een periode van 4 jaar wordt toegewezen aan de bvba Takeldienst Hendrickx, waarbij de opdracht voor het perceel 2 niet toegewezen wordt en waarbij de offerte van verzoekster substantieel onregelmatig wordt verklaard en “ondergeschikt” en “voor zoveel als nodig”, de voorafgaande beslissing van het college van burgemeester en

schepenen van de stad Mechelen van 14 december 2007 waarbij beslist werd om de opdracht niet toe te wijzen omdat er geen geldige offerte zou zijn ingediend, en “impliciet” de gemeenteraadsbeslissing van 29 januari 2008 waarbij beslist werd om een nieuwe gunningsprocedure op te starten.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 8 december 2009 heeft de bvba Takeldienst Hendrickx gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

Auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 januari 2010.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Georges Meeus, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Katrien Van Herck, die loco advocaten Peter Luypaers en Hans-Kristof Carême verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Natalie Van Dyck, die loco advocaten Ann Devroe en Kris Van den Berghen verschijnt voor de tussenkomende 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

3.1. De stad Mechelen schrijft in 2007 een algemene offerteaanvraag uit voor het takelen, wegslepen en bewaren van voertuigen. Het betreft een opdracht

voor vier jaar. De geraamde waarde van de opdracht is 320.000 euro over vier jaar. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 20 september 2007 en het Publicatieblad van de Europese Unie op 21 september 2007.

3.2. De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bestek nr. 2007/5358/300. Uit het bestek blijkt dat de opdracht is opgesplitst in twee percelen. Perceel 1 betreft het verplaatsen, stallen en bewaren van rijtuigen met toebehoren, alsook achtergelaten en gevonden voorwerpen op de openbare weg met een maximum HTG van 3,5 ton. Perceel 2 betreft dezelfde opdracht met een maximum HTG vanaf 3,5 ton.

3.3. Uit het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen van 23 november 2007 blijkt dat alleen de verzoekende partij een offerte heeft ingediend.

In het gunningsverslag wordt vervolgens opgemerkt dat, aangezien de enige ingediende offerte enkel een niet-ondertekende meetstaat bevat en geen offerteformulier, deze offerte niet kan worden aanvaard. Voorgesteld wordt om de opdracht niet te gunnen en over te gaan naar een nieuwe procedure.

3.4. Op 18 december 2007 beslist het college van burgemeester en schepenen om geen gevolg te geven aan de gevoerde procedure. De zaak wordt verwezen naar de gemeenteraad voor de vaststelling van de nieuwe wijze van gunnen. Dit is de tweede bestreden beslissing.

3.5. Op 30 januari 2008 beslist de gemeenteraad om de opdracht te gunnen onder de vorm van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking aan de voorwaarden en bepalingen vervat in het voormeld bijzonder bestek 2007/5358/300. Dit is de derde bestreden beslissing.

3.6. Bij aangetekend schrijven van 24 oktober 2008 wordt de verzoekende partij uitgenodigd om, op grond van het bestek 2007/5358/300, uiterlijk op 18 november 2008 een offerte in te dienen. De verzoekende partij beweert dit schrijven nooit te hebben ontvangen.

3.7. Op 17 november 2008 dient de verzoekende partij een offerte in administratief dossier, stuk 13). In haar verzoekschrift lijkt de verzoekende partij zulks evenwel te betwisten.

3.8. Uit het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen van 18 november 2008 blijkt vervolgens dat twee ondernemingen een offerte hebben ingediend, namelijk de verzoekende partij en de bvba Takeldienst Hendrickx.

3.9. In het gunningsverslag wordt de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig verklaard en wordt voorgesteld om perceel 1 toe te wijzen aan de bvba Takeldienst Hendrickx en om perceel 2 niet toe te wijzen.

3.10. Op 17 juli 2009 beslist het college van burgemeester en schepenen om de offerte van de verzoekende partij niet te aanvaarden wegens substantiële onregelmatigheid, om de opdracht voor perceel 1 toe te wijzen aan de bvba Takeldienst Hendrickx en om de opdracht voor perceel 2 niet toe te wijzen.

3.11. Bij aangetekend schrijven van 9 september 2009 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van voormelde beslissing.

3.12. Eveneens op 9 september 2009 wordt voormelde beslissing van 17 juli 2009 betekend aan de gekozen inschrijver, de bvba Takeldienst Hendrickx.

IV. Tussenkomen

4. Met een op 8 december 2009 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de bvba Takeldienst Hendrickx om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. De verwerende partij en de tussenkomen partij betwisten de ontvankelijkheid van het verzoek tot schorsing en werpen daartoe een aantal excepties op.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over die excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zouden slechts noodzakelijk zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de schorsing zijn vervuld, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6. Overeenkomstig artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

VII. Beoordeling van de tweede schorsingsvoorwaarde

7. Inzake het vereiste van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel merkt de verzoekende partij op dat zij door het niet zelf kunnen uitvoeren van de opdracht een belangrijke bron van inkomsten zou mislopen, wat een grote impact heeft op het bedrijf, te meer nu zij met het oog op het bekomen van de opdracht belangrijke bijkomende investeringen in takelmateriaal zou hebben gedaan. Voorts wijst zij nog op de referentiewaarde van de opdracht en de impact op haar commerciële naam en faam.

8. Er is gebleken dat de beslissing van de verwerende partij van 17 juli 2009 om de opdracht voor perceel 1 toe te wijzen aan de bvba Takeldienst Hendrickx met een aangetekende brief van 9 september 2009, verzonden op 14 september 2009, aan deze inschrijver ter kennis werd gebracht.

Die kennisgeving heeft tot gevolg gehad dat tussen beide partijen een overeenkomst is ontstaan. Dit wordt niet betwist door de verzoekende partij.

De gevraagde schorsing kan dan ook niet meer voorkomen dat deze overeenkomst tot stand komt. Evenmin kan zij de schorsing van deze overeenkomst meebrengen, aangezien het tot de uitsluitende bevoegdheid van de hoven en rechtbanken behoort om de uitvoering van een overeenkomst te schorsen.

Bijgevolg kan het nadeel waardoor de verzoekende partij aanvoert te zijn bedreigd, niet worden tenietgedaan of vermeden door de gevraagde schorsing door de Raad van State aangezien zelfs bij een dergelijke schorsing het bestaan van de voormelde overeenkomst blijft verhinderen dat het de verzoekende partij is die perceel 1 van de betrokken opdracht uitvoert.

9. Voor wat betreft de niet-toewijzing van perceel 2 van de opdracht en de beslissing om een nieuwe gunningsprocedure aan te vatten, dient te worden vastgesteld dat er geen ernstig nadeel is verbonden aan deze beslissingen wanneer blijkt dat een nieuwe procedure is gestart en de verzoekende partij een nieuwe kans krijgt om mee te dingen.

10. Uit het voorgaande volgt dat niet is voldaan aan de tweede van de voorwaarden gesteld in artikel 17, § 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. Het verzoek van de bvba Takeldienst Hendrickx tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 21 januari 2010,
door de Raad van State, XIle kamer, samengesteld uit:

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

De griffier,

De voorzitter,

Silja Doms

Dierk Verbiest