

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 200.069 van 26 januari 2010
in de zaak A. 195.080/XII-6075**

In zake: de NV GEMS INTERNATIONAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Annelies Verlinden
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steve Ronse en Sofie Logie
kantoor houdend te Kortrijk
President Kennedypark 6/24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 30 december 2009, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “1. de beslissing van het Agentschap van de Vlaamse Overheid (IVA) voor Maritieme Dienstverlening en Kust, Afdeling Kust, Vrijhavenstraat 3 te 8400 Oostende, zoals meegedeeld bij schrijven dd. 16 december 2009, waarbij de opdracht voor ‘het uitvoeren van stroommetingen te Zeebrugge en aanmaak van een stroomatlas, bestek 16EH/09/11’ wordt toegewezen aan de THV Eurosense Belfotop NV - Eurosense Planning & Engineering NV te Tielt op basis van het Commissieverslag dd. 29 oktober 2009 en
2. de in (1) impliciet vervatte beslissing om deze opdracht niet aan de NV Gems International toe te wijzen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 januari 2010, om 10 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Barteld Schutyser, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Sofie Logie, die loco advocaat Steve Ronse 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

3.1. Het Agentschap voor Maritieme Dienstverlening en Kust van de Vlaamse overheid schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een aanneming van diensten voor het uitvoeren van stroming meetcampagnes en de aanmaak van een bijbehorende stroomatlas.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 16 september 2008 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 17 september 2008.

De verzoekende partij dient als enige een offerte in. Na onderzoek beslist de verwerende partij op 12 maart 2009 dat de enige ontvangen inschrijvingsprijs abnormaal hoog is en om die reden de opdracht niet te gunnen.

Deze beslissing wordt op 31 maart 2009 aan de verzoekende partij meegedeeld.

3.2. Bij dezelfde beslissing van 12 maart 2009 wordt vervolgens een onderhandelingsprocedure met bekendmaking uitgeschreven op grond van artikel 17, § 3, 1/, van de wet van 24 december 1993 betreffende de

overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

3.3. Deze opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 20 april 2009 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 21 april 2009.

Inzake de vereiste technische bekwaamheid bevat de aankondiging de volgende bepaling:

“Art. 71 Technische bekwaamheid

- een lijst van recente referenties in de hydrografische sector met betrekking tot het uitvoeren en verwerken van hydrografische metingen op zee en ervaring met verwerking van stromingsmetingen op zee, waaruit de opgebouwde en gehonoreerde expertise in deze materie moet blijken. Deze lijst vermeldt duidelijk de referenties van de opdrachtgevers en de eventuele contactpersonen.
- een beschrijving van de maatregelen die worden getroffen om de kwaliteit en de dienstverlening te waarborgen en de technische uitrusting waarover de onderneming beschikt om dit te waarborgen.
- eerste Plan van aanpak.
- een lijst van personeel dat kan worden ingezet voor de opdracht waar deze kandidatuurstelling betrekking op heeft en dit zowel voor degene die als primaire als deze die als backup kunnen worden ingezet.
- beschrijving van middelen die kunnen worden ingezet om de dienst te waarborgen”.

3.4. De opening van de inschrijvingen vindt plaats op 25 mei 2009. Drie kandidaturen worden ingediend, met name door de thv Geoxyz-Soresma, de voornoemde thv Eurosense en de verzoekende partij.

3.5. In het selectieverslag van 27 mei 2009 wordt vastgesteld dat alle drie de kandidaten voldoen aan de gestelde selectiecriteria en het nodige bewijsmateriaal hebben bijgeleverd dat hun ervaring en expertise in het gevraagde gebied aantoont.

3.6. Bij brief van 11 juni 2009 worden de kandidaten uitgenodigd om een offerte in te dienen en wordt hun een kopie van het bijzonder bestek nr. 16EH/09/11 toegezonden.

Het voorwerp van de opdracht wordt als volgt omschreven in het bestek:

- “- Het uitvoeren van stroming meetcampagnes in de haven van Zeebrugge en in de Pas van het Zand vanaf de haventoeegang tot circa 2 km van de koppen van de havendam. De stroommetingen dienen te worden uitgevoerd door middel van een schip;
- Het verwerken van de meetgegevens, het opstellen van een verwerkingsrapport, de aanmaak van voortgangsrapporten en de aanmaak van een stroomatlas. De stroomatlas dient in papieren en digitaal formaat te worden geleverd conform de technische voorschriften”.

In de technische voorschriften wordt inzake de voormelde digitale stroomatlas uitsluitend vermeld dat deze “bestaat uit een hoogwaardige pdf-versie van de papieren stroomatlas”.

Er worden drie gunningscriteria bepaald: de geboden inschrijvingsprijs (40 punten), de technische specificatie en de deskundigheid (30 punten) en het plan van aanpak en kwaliteit (30 punten).

3.7. Uit het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen van 17 augustus 2009 blijkt dat de drie kandidaten een offerte hebben ingediend.

3.8. Bij brief van 22 september 2009 worden de inschrijvers uitgenodigd om hun offerte mondeling toe te lichten op 29 september 2009.

3.9. Bij brief van diezelfde dag wordt aan alle inschrijvers een lijst met vragen overgemaakt ter voorbereiding van de vergadering. In dit schrijven -dat door de Raad van State niet als noodzakelijk vertrouwelijk wordt beschouwd- wordt tevens het volgende opgemerkt:

“De digitale versie zou mogelijks moeten worden uitgebreid zodat deze de volgende opties bevat:

- 1) de mogelijkheid voorzien zodat men door de atlas kan navigeren op basis van het getij.
 - 2) Aan de hand van het opgegeven tij bv. door een bestand in te laden, wordt een indicatie gegeven van de te verwachten stroming.
 - 3) Mogelijkheid om de stroming in de verschillende lagen voor te stellen
- Gelieve op basis hiervan voor elke optie een bijkomende prijs op te geven”.

In de brief aan de gekozen inschrijver wordt ook verwezen naar de door deze inschrijver voorgestelde mogelijkheid om te navigeren.

3.10. Op 2 oktober 2009 wordt aan alle inschrijvers per aangetekend schrijven en per e-mail een brief bezorgd met als bijlage een document genaamd “bijstelling scope en afspraken na de eerste onderhandelingsessie”, waarbij de

voormelde opties onder meer naar aanleiding van vragen van de inschrijvers nader gepreciseerd worden, en waarbij ter beoordeling van deze opties een vierde gunningscriterium, genaamd “toegevoegd criterium d - beoordelingopties”, onderverdeeld in drie subgunningscriteria met respectieve weging van 5 punten, in totaal dus 15 punten, wordt toegevoegd, en waarbij het gewicht van de reeds in het bestek vermelde gunningscriteria in functie van deze toevoeging wordt aangepast:

aan de hand van een “herberekeningsformule” worden de punten die een offerte behaalt op de criteria b, c en d herrekend naar een totaal van 60 punten.

In voormeld schrijven wordt tevens meegedeeld dat de offertes dienen te worden ingediend uiterlijk op 15 oktober 2009 om 11 uur.

3.11. Op 8 oktober 2009 wordt naar aanleiding van bijkomende vragen van de inschrijvers omtrent de opties een bijkomende brief verstuurd aan de inschrijvers, waarin de vragen van de inschrijvers worden beantwoord en de gevraagde opties nog nader worden verduidelijkt.

3.12. Uit het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen van 15 oktober 2009 blijkt dat de drie inschrijvers een aangepaste offerte hebben ingediend.

3.13. In het gunningsverslag van 29 oktober 2009 wordt voorgesteld om de opdracht toe te wijzen aan de thv Eurosense.

3.14. Vervolgens beslist de verwerende partij om de opdracht toe te wijzen aan de thv Eurosense.

3.15. Bij brief van 16 december 2009 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen. Tevens wordt haar een wachttermijn toegekend van 15 dagen.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van het beroep, stellende dat geen rechtsgeldige beslissing voorligt tot het instellen van de procedure, zonder deze exceptie evenwel nader toe te lichten.

In het advies van de auditeur ter terechtzitting wordt vastgesteld dat de verzoekende partij een machtiging voorlegt ondertekend door de heer Johan Deschuyter, algemeen directeur, en de heer Andrew Wright, gedelegeerd bestuurder en dat uit de door de verzoekende partij neergelegde stukken blijkt dat zij, overeenkomstig de artikelen 27 en 28 van de statuten, de vennootschap geldig kunnen vertegenwoordigen voor de Raad van State.

Omtrent deze conclusie ter terechtzitting bevraagd, betwist de verzoekende partij deze vaststelling niet zodat mag worden aangenomen dat zij niet langer op de exceptie aandringt.

5. In een tweede exceptie betwist de verwerende partij de ontvankelijkheid van de vordering gericht tegen de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan verzoekende partij toe te kennen.

Zij lijkt in deze exceptie te moeten worden bijgevalen: de verzoekende partij toont immers niet aan welk bijkomend voordeel de schorsing of nietigverklaring van de impliciete beslissing haar zou opleveren. De eventuele schorsing van de bestreden toewijzingsbeslissing lijkt te volstaan om het door haar aangevoerde moeilijk te herstellen ernstig nadeel tegen te gaan.

V. Schorsingsvoorwaarden

6. 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 en derde schorsingsvoorwaarde

7. Inzake het vereiste van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel beroept de verzoekende partij zich op het verlies van de mogelijkheid om zelf de opdracht te kunnen uitvoeren en wijst zij op de referentiewaarde van de opdracht alsook op het feit dat de opdracht de Europese drempelwaarde overstijgt. Het mislopen van de opdracht zou ook op het vlak van zichtbaarheid en reputatie erg

schadelijk zijn voor de verzoekende partij. Ook zou het verlies van de opdracht een grote financiële impact hebben.

Inzake de uiterst dringende noodzakelijkheid stelt zij dat een gewoon schorsingsberoep te laat zal komen, gelet op de nakende betekening. Uit de kennisgeving blijkt volgens de verzoekende partij immers dat de verwerende partij enkel de in het voornoemde artikel 21bis van de wet van 24 december 1993, opgelegde wachtermijn van 15 dagen in acht zal nemen alvorens de overeenkomst te sluiten. Ook wijst de verzoekende partij erop dat zij op diligente wijze heeft gehandeld door het verzoekschrift binnen de 11 dagen in te dienen.

8. De verwerende partij gedraagt zich naar de wijsheid van de Raad van State voor wat betreft de schorsingsvoorwaarden van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel en de uiterst dringende noodzakelijkheid.

9. Door de betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing zou tussen de verwerende partij en de gekozen inschrijver een overeenkomst tot stand komen tengevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak, een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen. Het bestaan van die overeenkomst zou de betrachting van de verzoekende partij om zelf de opdracht nog uit te voeren, ernstig bemoeilijken en zou een mogelijk herstel in natura verder af brengen.

De verwerende partij betwist niet dat het te dezen een opdracht betreft boven het Europese drempelbedrag, die eveneens werd bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie. Aldus moet worden aanvaard dat de verzoekende partij door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden toewijzingsbeslissing het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan, mede gelet op de aard en de waarde van de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Voorts, wegens de dreigende betekening die door de verwerende partij in haar laatstgenoemde brief wordt aangekondigd en de te dezen verplicht gestelde procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid overeenkomstig voormeld artikel 21bis, wordt aanvaard dat de verzoekende partij een beroep deed op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

VII. Beoordeling van de tweede schorsingsvoorwaarde

Het middel

10. Een eerste middel is genomen uit de schending van “artikel 30, tweede lid, artikel 40 en artikel 53 van de Europese Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, artikel 16 en 17, § 3 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en artikel 115, artikel 122bis en 122ter van het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, alsook uit de schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het transparantiebeginsel, het beginsel van de gelijke behandeling der inschrijvers, het verbod van een schijn van partijdigheid en favoritisme, het redelijkheidsbeginsel en de motiveringsplicht”.

De verzoekende partij wijst erop dat de verwerende partij, na de indiening van de eerste offertes, doch voorafgaand aan de indiening van de tweede offertes, een nieuw gunningscriterium heeft toegevoegd, dat niet was aangekondigd in het bestek, en eveneens de weging van de gunningscriteria zoals aangekondigd in het bestek heeft gewijzigd.

Bovendien zouden deze wijzigingen pas op 8 oktober 2009 aan de inschrijvers zijn meegedeeld, terwijl de betrokken tweede offertes reeds op 15 oktober 2009 moesten worden ingediend, zodat de inschrijvers slechts over een periode van 7 kalenderdagen beschikten om de vraag aangaande de bijkomende opties te beantwoorden. Voorts was deze vraag volgens de verzoekende partij uitermate vaag en onduidelijk en diende zij binnen deze tijdspanne noodgedwongen een onderaannemer in te schakelen om aan de opties te kunnen voldoen.

In elk geval dient volgens de verzoekende partij te worden vastgesteld dat de doorgevoerde wijziging aan de gunningscriteria substantieel is en derhalve in elk geval een schending uitmaakt van het gelijkheids- en transparantiebeginsel omdat in het toegevoegde gunningscriterium “opties” niet was voorzien in het initiële bestek, dit gunningscriterium betrekking heeft op elementen waarin niet was voorzien in het initiële bestek, de inschrijvers slechts over een zeer

beperkte termijn beschikten om hun offertes aan te passen en de toevoeging van het gunningscriterium tevens een impact heeft op de weging van de oorspronkelijke gunningscriteria zodat de doorgevoerde wijziging “materieel” is.

Voorts wijst zij erop dat de toevoeging van een gunningscriterium moet worden beschouwd als een aanzienlijke wijziging van de opdracht, waardoor bezwaarlijk rechtsgeldig gebruik kon worden gemaakt van artikel 17, § 3, 1/, van de voormelde wet van 24 december 1993.

Ten slotte merkt de verzoekende partij nog op dat de toevoeging van het gunningscriterium “opties” en de wijziging van de weging van de andere gunningscriteria geenszins werden gemotiveerd.

Beoordeling

11.1. De verzoekende partij wijst op het eerste gezicht terecht op het feit dat de verwerende partij te dezen toepassing heeft gemaakt van artikel 17, § 3, 1/, van de voornoemde wet van 24 december 1993, dat als voorwaarde voor de toepassing van de onderhandelingsprocedure onder meer stelt dat “de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk gewijzigd werden”.

De verwerende partij lijkt echter te dezen, na de indiening van de eerste offertes, doch voorafgaand aan de indiening van de tweede offertes, het voorwerp van de opdracht te hebben uitgebreid voor wat betreft de gevraagde digitale stroomatlas, door een nieuw gunningscriterium bestaande uit drie “opties” toe te voegen, dat niet was aangekondigd in het bestek. Ten onrechte lijkt de verwerende partij te ontkennen dat hier van een wijziging van het voorwerp van de opdracht sprake was: op het eerste gezicht is er een markant verschil tussen de eerst gevraagde - in de eigen bewoordingen van de verwerende partij - “pdf-weergave” van de papieren versie van de atlas, terwijl in de nieuwe opties in navigatiemogelijkheid en actieve bevraging wordt voorzien.

De verwerende partij heeft eveneens de weging van de gunningscriteria zoals aangekondigd in het bestek gewijzigd. Zij heeft het nieuwe gunningscriterium en de nieuwe weging van de gunningscriteria meegedeeld aan alle inschrijvers die reeds een eerste offerte hadden ingediend, op 2 oktober 2009, en nader verduidelijkt bij brief van 8 oktober 2009, terwijl de aangepaste offertes uiterlijk op 15 oktober 2009 moesten worden ingediend.

Op het eerste gezicht dienen aldus de uitbreiding van het voorwerp van de opdracht door de toevoeging van een gunningscriterium en de wijziging van de weging van de gunningscriteria te dezen als een wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht te worden aangemerkt. Aldus lijkt de besteden beslissing te zijn genomen met schending van het in het middel geschonden geacht en voormeld artikel 17, § 3, 1/.

11.2. Hoewel voorts de genoemde wijzigingen aan alle inschrijvers werden meegedeeld vóór het indienen van hun tweede offerte, wijst de verzoekende partij terecht op de zeer korte termijn waarover zij beschikte om een aangepaste offerte in te dienen in het licht van de vraag om drie bijkomende nieuwe opties uit te werken, van de aangepaste gunningscriteria en van de weging ervan, te meer daar door de inschrijvers over de opties nog een aantal vragen werden gesteld, die pas bij brief van 8 oktober 2009 werden beantwoord en de verzoekende partij in het licht van de gevraagde opties alsnog bijkomend een beroep heeft moeten doen op een onderaannemer om deze opties uit te werken.

Op het eerste gezicht kan evenmin worden uitgesloten dat voormelde wijzigingen tot gevolg hebben gehad dat bepaalde inschrijvers werden bevoordeeld. Zo lijkt de gekozen inschrijver als enige reeds in zijn eerste offerte de eerste optie te hebben vermeld.

Aldus lijkt te dezen eveneens de ook in onderhandelings-procedures noodzakelijke gelijke behandeling der inschrijvers niet te zijn gerespecteerd en is het in het middel vermelde gelijkheidsbeginsel geschonden.

11.3. De verwerende partij werpt in haar nota in ondergeschikte orde nog op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij dit middel, nu dit de rangschikking van de inschrijvers niet zou wijzigen, noch indien de opties niet bij de beoordeling in rekening zouden worden gebracht, noch indien, zoals gebruikelijk, de opties meegenomen zouden worden in het geheel en zouden worden beoordeeld aan de hand van de drie in het bestek vermelde gunningscriteria.

Deze exceptie wordt niet aanvaard omdat de verwerende partij, om na te gaan of het middel van aard is om de rangschikking onder de inschrijvers te wijzigen, daarbij zonder meer lijkt uit te gaan van de ingediende tweede (BAFO)offertes, wat in het licht van het middel niet evident lijkt. Indien het voorwerp van de opdracht, de gunningscriteria en de weging ervan niet waren

gewijzigd in de loop van de onderhandelingsprocedure, zouden de inschrijvers allicht ook andere BAFO-offertes hebben ingediend. Aldus valt niet uit te sluiten dat zonder de begane onwettigheid, de rangschikking anders zou zijn geweest en mogelijks in het voordeel van de verzoekende partij.

Het eerste middel is in de besproken mate ernstig.

12. Uit het voorgaande volgt dat is voldaan aan 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 bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de administrateur-generaal van het Agentschap van de Vlaamse Overheid voor Maritieme Dienstverlening en Kust, Afdeling Kust, om de overheidsopdracht voor het uitvoeren van stroommetingen en de aanmaak van een stroomatlas, bijzonder bestek nr. 16EH/09/11, toe te wijzen aan de thv Eurosense Belfotop nv - Eurosense Planning & Engineering nv.

2. De vordering wordt voor het overige verworpen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 26 januari 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest