

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.844 van 10 april 2012
in de zaak A. 204.086/XII-6889**

In zake: de NV SCHINDLER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Thiel en Valentine de Francquen
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsessesteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV NATIONALE BANK VAN BELGIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Isabelle Cooreman
kantoor houdend te 1070 Brussel
Ninoofsesteenweg 643
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 maart 2012, strekt tot de schorsing
bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van

- “- de beslissing van de Nationale Bank van België [van 20 januari 2012]
waarbij [wordt] beslist de onderhandelingen betreffende de opdracht
‘Exploitatie, herstelling en onderhoud van liften en heftafels’ voort te
zetten met de firma’s Kone Belgium, Coopman Liften en Technilift, en
aansluitend
- de (impliciete) beslissing om de onderhandelingen betreffende de
opdracht ‘Exploitatie, herstelling en onderhoud van liften en heftafels’
niet voort te zetten met Schindler”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 april 2012, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Valentine de Francquen, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Isabelle Cooreman en Bram Tollet, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest gedeeltelijk 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 nv Nationale Bank van België schrijft bij onderhandelingsprocedure met bekendmaking een opdracht van diensten uit met betrekking tot de exploitatie, herstelling en het onderhoud van liften en heftafels.

De opdracht wordt onderverdeeld in 6 percelen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der aanbestedingen van 30 mei 2011 en het Publicatieblad van de Europese Unie op 3 juni 2011.

3.3. Er worden zes aanvragen tot deelneming ingediend.

3.4. Op 20 juli 2011 beslist verwerende partij dat alle kandidaten worden geselecteerd.

3.5. Bij schrijven van 29 augustus 2011 deelt verwerende partij aan de kandidaten mee dat ze geselecteerd zijn en wordt hen een kopie bezorgd van het bestek. De kandidaten worden gevraagd om uiterlijk tegen 14 oktober 2011 een offerte in te dienen.

3.6. Het bestek bepaalt twee gunningscriteria: de prijs (60 punten) en de kwaliteit van de aangeboden diensten (40 punten).

Wat het verloop van de onderhandelingsprocedure betreft, verduidelijkt het bestek het volgende:

“Na evaluatie van de offertes maakt de Bank een voorlopig klassement op van de inschrijvers. De drie best gerangschikte inschrijvers zullen door de bank uitgenodigd worden om tijdens de onderhandelingsfase de finale voorwaarden voor de uitvoering van de opdracht te bepalen teneinde een definitief voorstel te kunnen overmaken”.

3.7. Op 17 januari 2012 wordt een tussentijds verslag opgesteld inzake de verdere deelname aan de onderhandelingen. In dit verslag wordt in de eerste plaats gemotiveerd waarom noch de inschrijver SPIE, noch de inschrijver Thyssen uitgenodigd worden voor verdere onderhandelingen. Vervolgens worden de offertes van de inschrijvers Coopman, Kone, Schindler, Technilift en Thyssen getoetst aan de gunningscriteria, wat leidt tot een voorlopige rangschikking.

Voorgesteld wordt om de onderhandelingen voort te zetten met de drie best gerangschikte inschrijvers: Kone, Coopman en Technilift.

3.8. Op 20 januari 2012 beslist de Nationale Bank om de onderhandelingen voort te zetten met de genoemde inschrijvers.

Inzake het bepalen van de voorlopige rangschikking wordt in deze beslissing het volgende opgemerkt:

“Na een eerste onderzoek van de offertes blijkt dat een globale toewijzing van de opdracht aan slechts één inschrijver gunstiger is voor de Bank.

De firma SPIE dient een offerte in voor slechts 3 percelen. Gezien de keuze voor een globale toewijzing van de opdracht, wordt deze offerte niet verder in ogenschouw genomen.

De firma Thyssen dient de duurste offerte in, die ook na aanpassing van de prijs nog nagenoeg dubbel zo duur is dan de goedkoopste offerte. De Bank oordeelt dat de grote achterstand die dit veroorzaakt bij de evaluatie van de prijs onmogelijk nog kan tenietgedaan worden bij de evaluatie van de kwaliteit (op 40 punten). De offerte van deze firma wordt niet verder beschouwd.

De overige 4 offertes werden geëvalueerd qua prijs en kwaliteit.

De firma's Kone en Coopman nemen daarbij de eerste 2 plaatsen in.

De offerte van de firma Technilift is iets gunstiger geprijsd dan deze van de firma Schindler, en zij behoudt deze kleine voorsprong bij de evaluatie van de kwaliteit van de offertes, gezien daarbij beide firma's amper te onderscheiden vallen”.

3.9. Bij aangetekend schrijven en faxbericht van 1 februari 2012 worden de drie best gerangschikte inschrijvers uitgenodigd om een BAFO-offerte in te dienen tegen uiterlijk 21 februari 2012.

3.10. Op 23 februari 2012 wordt een gunningsverslag opgesteld, waarin wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Kone Belgium.

3.11. Vervolgens beslist de Nationale Bank op 2 maart 2012 om de opdracht te gunnen aan de nv Kone Belgium.

3.12. Bij aangetekend schrijven van 5 maart 2012 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat aan haar offerte geen gunstig gevolg kan worden gegeven. Daarbij wordt erop gewezen dat zij slechts vierde was gerangschikt in de voorlopige rangschikking en dus niet nuttig is gerangschikt om deel te nemen aan het verdere verloop van de procedure. Als bijlage wordt een kopie gevoegd van de beslissing van 20 januari 2012 aangaande de voorlopige rangschikking en blijkbaar niet van de gunningsbeslissing.

3.13. Bij aangetekend schrijven van diezelfde datum wordt de gunningsbeslissing meegedeeld aan de drie inschrijvers die deelgenomen hebben aan de verdere onderhandelingen.

3.14. Op 20 maart 2012 stelt verzoekende partij de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

3.15. Op 5 april 2012 stelt verzoekende partij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in tegen de gunningsbeslissing van 2 maart 2012 en de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan de nv Schindler te gunnen. (A.204.332/XII-6906)

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4.1. In de nota voert verwerende partij een exceptie van gebrek aan belang bij de vordering tot schorsing aan, in essentie omdat er een gunningsbeslissing is tussengekomen.

4.2. Ter terechtzitting doet zij hiervan afstand.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het derde middel

Standpunt van de partijen

6. Het derde middel wordt door verzoekende partij samengevat als volgt :

“Het middel is genomen uit de schending van:

- de artikelen 2 en 3 van de wet Motivering bestuurshandelingen van 29 juli 1991,
- de artikelen 1 §1, 13 en 17 van de wet van 24 december 1993,
- de artikelen 65/4, 65/5 en 65/8 van de wet van 24 december 1993,
- de artikelen 122*bis* en 122*ter* van het koninklijk besluit van 8 januari 1996,
- het gelijkheidsbeginsel,
- het zorgvuldigheidsbeginsel,
- het beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’,
- alsook uit de kennelijke beoordelingsfout van de aanbestedende overheid.

Doordat, verwerende partij beslist heeft de onderhandelingen voort te zetten met de firma’s Kone, Coopman Liften en Technilift, en bijgevolg niet met verzoekende partij;

Doordat de ‘motivering’ van de beslissing de volgende is:

‘2. Bepalen van de voorlopige rangschikking

Na een eerste onderzoek van de offertes blijkt dat een globale toewijzing van de opdracht aan slechts één inschrijver gunstiger is voor de Bank.

De firma SPIE dient een offerte in voor slechts 3 percelen. Gezien de keuze voor een globale toewijzing van de opdracht, wordt deze offerte niet verder in ogenschouw genomen.

De firma Thyssen dient de duurste offerte in, die ook na aanpassing van de prijs nog nagenoeg dubbel zo duur is dan de goedkoopste offerte. De Bank oordeelt dat de grote achterstand die dit veroorzaakt bij de evaluatie van de prijs onmogelijk nog kan tenietgedaan worden bij de evaluatie van de kwaliteit (op 40 punten). De offerte van deze firma wordt niet verder beschouwd. De overige 4 offertes werden geëvalueerd qua prijs en kwaliteit. De firma's Kone en Coopman nemen daarbij de eerste 2 plaatsen in. De offerte van de firma Technilift is iets gunstiger geprijsd dan deze van de firma Schindler, en zij behoudt deze kleine voorsprong bij de evaluatie van de kwaliteit van de offertes, gezien daarbij beide firma's amper te onderscheiden vallen.'

Terwijl, eerste onderdeel, er geen formele motivering bestaat omtrent deze beslissing en tweede onderdeel, er geen (afdoende) motieven bestaan om de onderhandelingen niet met verzoekende partij voort te zetten''.

Zij licht het middel onder meer als volgt toe:

“De beslissing laat niet toe te begrijpen hoe dat verwerende partij tot de beslissing is gekomen dat verzoekende partij als vierde geklasseerd was en dat, bijgevolg, de onderhandelingen niet met hem konden worden verdergezet.”

7. Verwerende partij voert op de eerste plaats aan dat verzoekende partij geen belang heeft bij dit middel omdat het niet dienstig zou zijn voor hetgeen verzoekende partij beoogt. Verzoekende partij wenst door het instellen van haar vordering juist verder in de onderhandelingsprocedure te worden betrokken terwijl de vermeende onregelmatigheid van het bestek de nietigheid van de gehele procedure met zich zou meebrengen.

Op de tweede plaats merkt verwerende partij op dat het middel “volkomen onduidelijk” is geformuleerd en dan ook afgewezen moet worden.

Wat de ernst van het middel betreft stelt verwerende partij dat, voor zover het middel de schending van de formele-motiveringsplicht aanvoert, de beslissing om verzoekende partij niet langer in de onderhandelingen te betrekken gedetailleerd, precies en volledig is gemotiveerd; deze motivering, aldus verwerende partij, licht verzoekende partij perfect in over de redenen die de

aanbestedende overheid ertoe hebben aangezet om haar als vierde te klasseren en haar dienvolgens niet langer in de onderhandelingen te betrekken.

Beoordeling

8. De exceptie waarbij verwerende partij opmerkt dat verzoekende partij geen belang heeft bij het middel omdat verzoekende partij het bestek viseert, lijkt op het eerste gezicht geen verband te houden met het middelonderdeel dat de schending van de formele-motiveringsverplichting betreft. De exceptie wordt verworpen.

9. De exceptie waarbij verwerende partij aanvoert dat het middel onduidelijk is geformuleerd, wordt verworpen; het middelonderdeel betreffende de schending van de formele-motiveringsplicht waarop verwerende partij overigens pertinent repliceert, is duidelijk en nauwkeurig geformuleerd.

10. Een bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formele-motiveringsplicht die verzoekende partij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

In dit verband dient te worden opgemerkt dat een motivering door verwijzing naar andere stukken een afdoende motivering is indien de inhoud van het stuk waarnaar wordt verwezen aan de bestuurde ter kennis is gebracht, dit stuk zelf afdoende gemotiveerd is, de daarin vervatte voorstellen of adviezen in de uiteindelijke beslissing worden bijgevalen, en er geen tegenstrijdige adviezen zijn.

11. Op het eerste gezicht dient te worden vastgesteld dat voormelde motivering van de beslissing van 20 januari 2012 op zichzelf niet afdoende is aangezien de kenmerken en relatieve voordelen van de drie eerst gerangschikte inschrijvers ten opzichte van de offerte van verzoekende partij niet nader worden toegelicht.

12. Uit het administratief dossier dat in het kader van onderhavige procedure werd neergelegd, blijkt weliswaar dat voorafgaand aan deze beslissing een tussentijds verslag werd opgesteld, waarin de offertes werden getoetst aan de gunningscriteria en vervolgens een voorlopige rangschikking werd opgesteld. De beslissing verwijst echter niet naar dit verslag. Bovendien werd dit verslag niet vóór het indienen van het verzoekschrift aan verzoekende partij meegedeeld. Er blijkt ook niet dat zij daarvan anderszins kennis kreeg vóór 20 maart 2012. Ten tijde van het instellen van de vordering lijkt verzoekende partij dan ook niet de motieven waarop de bestreden beslissing steunt, te hebben gekend en lijkt de formele-motiveringsplicht dan ook te zijn geschonden.

Het feit dat verzoekende partij inmiddels van dit verslag heeft kunnen kennisnemen aangezien dit deel uitmaakt van het administratief dossier, lijkt verzoekende partij haar belang bij dit onderdeel van het middel niet te ontnemen. Het hiervoor beschreven doel van de formele-motiveringsplicht lijkt immers uit te sluiten dat verzoekende partij vrede zou moeten nemen met een mededeling van de motieven nadat zij een rechtsmiddel - inzonderheid een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid - heeft aangewend.

Voorts heeft deze niet-tijdige mededeling onder meer tot gevolg dat verzoekende partij binnen de huidige procedure alleen nog ter terechtzitting middelen tegen de ontvangen motivering kan formuleren, voor zover dit al toelaatbaar is in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Dit brengt de wapengelijkheid onder de partijen in het gedrang en bemoeilijkt een diligent onderzoek van de zaak door het Auditoraat en de Raad, inzonderheid gelet op de strikte procedurele regels waaraan de wetgever de procedure van de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid inzake overheidsopdrachten heeft onderworpen.

12. Het derde middel is in de besproken mate ernstig. De tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen, voorwerp van de vordering waarover verwerende partij geen opmerkingen maakt, dient te worden geschorst.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de nv Nationale Bank van België van 20 januari 2012 om de onderhandelingen betreffende de opdracht “Exploitatie, herstelling en onderhoud van liften en heftafels” voort te zetten met de inschrijvers de nv Kone Belgium, de nv Coopman Liften en de nv TEM-Technilift; alsook van de impliciete beslissing om de onderhandelingen betreffende deze opdracht niet voort te zetten met de nv Schindler.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 10 april 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra