

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 219.189 van 7 mei 2012
in de zaak A. 204.410/XII-6912**

In zake:

1. de BVBA GEERT VAN GRIEKEN
2. Geert VAN GRIEKEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Vande Castele
kantoor houdend te 2900 Schoten
Klamperdreef 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA HYDROBRU
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dominique Lagasse en Emmanuel van Nuffel
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 10 april 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissingen van [de cvba Hydrobru] dd. 26 januari 2012 en 29 maart 2012, meegedeeld bij brief dd. 29 maart 2012 met betrekking tot het bestek nr. 1459-b., evenals van diens beslissingen om deze overheidsopdracht [de bvba Geert Van Grieken en Geert Van Grieken] niet te gunnen, noch in zijn geheel, noch voor een of meerdere percelen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 april 2012, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Philippe Vande Castele, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Bastiaan Schelstraete, die loco advocaat Dominique Lagasse verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Verwerende partij, aanvankelijk nog genaamd Brusselse Intercommunale voor Waterdistributie (BIWD), schrijft een onderhandelingsprocedure met bekendmaking uit voor een aanneming van diensten “juridische diensten met betrekking tot het afsluiten van watermeters voor rekening van de BIWD”.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 25 mei 2010.

3.3. Het bestek nr. 1459-b “Raamovereenkomst met het oog op het verlenen van juridische diensten met betrekking tot het afsluiten van watermeters ten gevolge van onbetaalde facturen voor waterverbruik, voor een periode van 5 jaar” is van toepassing.

De opdracht is in de aankondiging en het bestek opgesplitst in “vijf geografische percelen, elk afzonderlijk te gunnen”:

- Perceel 1: Anderlecht en Sint-Agatha-Berchem – geraamd op ca 250 zaken per jaar in de aankondiging en ca 260 in het (latere) bestek
- Perceel 2: Oudergem, Ganshoren, Jette, Koekelberg, Ukkel en Watermaal-Bosvoorde – geraamd op ca 280 zaken per jaar in de aankondiging en het bestek
- Perceel 3: Brussel, Evere en Sint-Joost-ten-Node – geraamd op ca 290 zaken per jaar in de aankondiging en het bestek
- Perceel 4: Sint-Jans-Molenbeek, Sint-Gillis en Vorst – geraamd op ca 250 zaken per jaar in de aankondiging en ca 260 in het (latere) bestek
- Perceel 5: Elsene, Etterbeek, Schaarbeek, Sint-Lambrechts-Woluwe en Sint-Pieters-Woluwe – geraamd op ca 260 zaken per jaar in de aankondiging en het bestek.

In de aankondiging en het bestek wordt verduidelijkt dat het gaat om een raming zonder verbintenis van verwerende partij. Er wordt voorts in bepaald: “Inschrijvingen moeten ingediend worden voor één of meerdere percelen”. In het bestek wordt bepaald: “De inschrijvers hebben de mogelijkheid om een offerte in te dienen voor 1, meerdere of het geheel van de percelen”.

Terzelfder tijd wordt een tweede overheidsopdracht uitgeschreven beheerst door het bestek nr. 1459-a “Raamovereenkomst met het oog op het verlenen van juridische diensten met betrekking tot de gerechtelijke invorderingsprocedures voor de onbetaalde facturen voor waterverbruik, voor een periode van 5 jaar”.

3.4. De gunningscriteria, vastgesteld in art. 3.6 van het bestek, zijn:

- “• de geraamde jaarlijkse kostprijs: deze kostprijs wordt beoordeeld op basis van de door de inschrijver voorgestelde forfaitaire bedragen en de ramingen vermeld in clause 3.3. (90 PTN)
- de kwaliteit van de voorgestelde juridische aanpak: deze voorwaarde wordt beoordeeld op basis van de juridische bewijsvoering (max. twee A4-pagina’s) die naar voren wordt gebracht voor het oplossen van (een) bepaald(e) geval(len) waarvan detail in bijlage van de huidige raamovereenkomst. De kwaliteit van de juridische aanpak zal beoordeeld worden ten opzichte van wets- en overheidsteksten van toepassing en/of op de huidige rechtspraak op dit gebied. (10 PTN)”.

3.5. De uiterste datum voor ontvangst van de aanvraag tot deelneming is 18 juni 2010 om 16 u.

3.6. Met een brief van 17 juni 2010 dienen verzoekende partijen een aanvraag tot deelneming onder de benaming Faber inter Law Firm in.

Het proces-verbaal van opening van de kandidaturen vermeldt 10 geraadpleegde dienstverleners.

3.7. In een faxbericht van 25 januari 2011 deelt verwerende partij mee dat “uw kandidatuur werd weerhouden. Bijgevolg, vragen wij u een offerte te maken op basis van ons bestek in bijlage”.

3.8. In een faxbericht van 18 februari 2011 deelt verwerende partij mee dat de datum van de indiening van de offertes werd uitgesteld tot 4 maart 2011 om 13u00.

3.9. Met een brief van 3 maart 2011 dienen verzoekende partijen een offerte in. De offerte geldt zowel voor alle percelen samen (1, 2, 3, 4 en 5) als voor elk perceel afzonderlijk.

Daarnaast worden nog 9 andere offertes bij de aanbestedende overheid ingediend.

3.10. In een faxbericht van 13 juli 2011 deelt verwerende partij aan verzoekende partijen mee dat bij vergelijking van de offertes is gebleken dat de “door u ingediende prijs” voor de eenvoudige en ingewikkelde zaken meer dan 15 % onder het gemiddelde ligt van de ingediende prijzen en dus abnormaal laag lijkt. Er wordt dan ook gevraagd deze prijs te verantwoorden tegen 5 augustus 2011 om 16 u. Met een brief van 4 augustus 2011 wordt prijsverantwoording gegeven. Uit het administratief dossier blijkt dat om dezelfde reden ook aan enkele andere inschrijvers een prijsverantwoording werd gevraagd.

3.11. Op 15 september 2011 merkt het bureau van de raad van bestuur van verwerende partij op dat de opdracht werd gesplitst in vijf percelen per geografische sector om verschillende offertes voor de percelen te verkrijgen volgens de geografische vestigingsplaats van het inschrijvende advocatenkantoor, dat de inschrijvers echter een offerte hebben ingediend zonder prijsverschil tussen de verschillende percelen, dat de procedure dus tot gevolg heeft dat één enkel advocatenkantoor, namelijk het kantoor dat met toepassing van de gunningscriteria, de voordeligste conforme offerte heeft ingediend, “kon worden aangewezen” en dat dit resultaat “[voorbij gaat] aan de doelstelling die werd beoogd met de opsplitsing van de opdrachten in percelen: kunnen gebruik maken van meerdere kantoren”. “Omdat de oorspronkelijke doelstelling niet wordt bereikt, besluit het bureau bijgevolg” om “af te zien” van de onderhandelingsprocedure en om de opdracht opnieuw in mededinging te stellen en eventueel de beschrijving en de gunningsvoorwaarden, aan te passen, “zodat de dossiers in het kader van de raamovereenkomst aan verschillende advocatenkantoren toevertrouwd kunnen worden”.

3.12. De raad van bestuur van verwerende partij beslist op 29 september 2011 in te stemmen met “het voorstel van het Bureau”.

3.13. Met een brief van 28 oktober 2011 deelt verwerende partij aan verzoekende partijen mee dat werd beslist de gunningsprocedure stop te zetten omdat “uit de resultaten van de onderhandelingsprocedure die in 2010 werd gelanceerd betreffende de gunning van een opdracht voor het verlenen van juridische diensten [...] blijkt dat binnen het momenteel vastgelegde kader wordt voorbijgegaan aan de oorspronkelijke doelstelling van het Bureau van de Raad van Bestuur van Hydrobru - een beroep kunnen doen op verschillende advocatenkantoren voor de uitvoering van de percelen”, en om een nieuwe procedure te lanceren “die zodanig is gewijzigd dat de beoogde doelstelling kan worden gehaald”.

3.14. Met een verzoekschrift ingediend op 14 november 2011 vragen verzoekende partijen aan de Raad van State de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissingen dd. 15 september 2011 en 29 september 2011, meegedeeld bij brief dd. 28 oktober 2011 met

betrekking tot het bestek nr. 1459-b, evenals van de beslissingen om [de bvba Geert Van Grieken BV en Geert Van Grieken] deze overheidsopdracht niet te gunnen, noch in zijn geheel, noch voor een of meerdere percelen”. Deze zaak is gekend onder het rolnummer A. 202.441/XII-6758.

Bij arrest nr. 216.880 van 15 december 2011 beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 15 september 2011 van het vast bureau van de raad van bestuur van Hydrobru en van de beslissing van 29 september 2011 van de raad van bestuur van Hydrobru tot stopzetting van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking die werd opgestart voor de gunning van opdracht 1459-b met het oog op het verlenen van juridische diensten met betrekking tot het afsluiten van watermeters ten gevolge van onbetaalde facturen en tot het opnieuw in mededinging stellen van deze opdracht. De vordering wordt voor het overige verworpen.

Terzelfder tijd werden gelijkaardige beslissingen in de parallelle gunningsprocedure inzake het bestek 1459-a door verzoekende partijen aangevochten met een beroep tot nietigverklaring en een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid – zaak gekend onder het rolnummer A. 202.440/XII-6757. Bij arrest nr. 216.879 van 15 december 2011 beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 15 september 2011 van het vast bureau van de raad van bestuur van Hydrobru en van de beslissing van 29 september 2011 van de raad van bestuur van Hydrobru tot stopzetting van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking die werd opgestart voor de gunning van opdracht 1459-a met het oog op het verlenen van juridische diensten met betrekking tot de gerechtelijke invorderingsprocedure voor de onbetaalde facturen en tot het opnieuw in mededinging stellen van deze opdracht en verwerpt hij de vordering in de mate dat deze gericht is tegen de impliciete beslissing de opdracht niet te gunnen aan verzoekende partijen.

3.15. Op 26 januari 2012 beslist de raad van bestuur van verwerende partij het volgende:

“3 Opdracht voor juridische diensten - Follow-up van het beroep van Faber Inter

Met twee vonnissen van 15 december 2011 heeft de Raad van State de uitvoering opgeschort van de beslissing van 15 september 2011 van het Bureau van de Raad van Bestuur en van die van 29 september 2011 van de Raad van Bestuur om de onderhandelingsprocedure van opdrachten voor juridische diensten voor de ‘invordering voor onbetaalde waterfacturen’ en ‘het afsluiten van watermeters ingevolge onbetaalde waterfacturen’ op te geven. Voor de Raad van State berust de reden (voetnoot 1) om die procedures stop te zetten op geen enkel doorslaggevend element, en bij het opstarten van de procedure werd daarvan bovendien geen gewag gemaakt. De stopzetting van de procedure wordt dus als onregelmatig beschouwd. Rekening houdend met die reden tot opschorting besluit de Raad van Bestuur vandaag die procedures te hervatten vanaf het punt waar de Raad van State een onregelmatigheid heeft vastgesteld”.

Voetnoot (1) luidt:

“Een van de oorspronkelijke doelstellingen van Hydrobru was voor elke opdracht meerdere advocaten aan te wijzen, terwijl op basis van de ingediende offertes die doelstelling niet kon worden bereikt: omdat de kandidaten voor elk van de percelen eenzelfde eenheidsprijs per dossier hadden ingediend, is het eindklassement voor elk perceel hetzelfde, wat ertoe zou leiden dat de volledige opdracht aan slechts een advocaat wordt gegund”.

3.16. In een brief van 29 maart 2012 deelt de directeur-generaal van verwerende partij aan de verschillende inschrijvers mee dat de raad van bestuur op 26 januari 2012 heeft besloten zijn beslissing van 29 september in te trekken en de procedure van de offertes te hervatten vanaf het punt waar de Raad van State een onregelmatigheid heeft vastgesteld.

Verder schrijft de directeur-generaal in deze brief:

“Omdat de offerteaanvraag voor deze opdracht in 2010 werd gepubliceerd, leek het ons belangrijk u onze recentste elementen te bezorgen in verband met de opdracht, Zo vindt u hierbij statistische gegevens over de dossiers waarvan de follow-up in 2010 en 2011 werd toevertrouwd aan onze advocaten. Het aantal dossiers en de daarmee gemoeide bedragen (zie bijgevoegde tabellen) komen overeen met de dossiers die aan onze advocaten werden overgezonden. Het gaat echter niet om informatie

(aantal en bedrag) over de dossiers waarvoor een gerechtelijke procedure is opgestart (over die dossiers zijn geen statistische gegevens beschikbaar). De jurisdictie wordt ter informatie vermeld, rekening houdend met de absolute competentie.

Het is belangrijk op te merken dat de evolutie van het aantal dossiers en van de bedragen waarvoor tussen 2010 en 2011 een gerechtelijke procedure werd opgestart, werd beïnvloed door de langdurige onbeschikbaarheid, in 2011, van personeel in de cel die zich bezighoudt met de follow-up van de dossiers.

Daarom werd voorrang gegeven aan de dossiers met de grootste schuldvorderingen. In vergelijking met de cijfers van 2011 is het heel waarschijnlijk dat het aantal overgezonden dossiers sterk zal stijgen in de komende jaren. Het feit dat kleine dossier nu opnieuw worden behandeld, zou er wel toe kunnen leiden dat het gemiddeld bedrag per dossier aanzienlijk daalt, ook al zijn de tarieven in 2010, 2011 en 2012 in niet geringe mate gestegen.

We willen er bovendien op wijzen dat voor elk perceel de dossiers maandelijks en gegroepeerd zullen worden overgezonden. Een vorderingsstaat van deze toevertrouwde dossiers alsook een afrekening van de gerecupereerde bedragen zal per kwartaal worden gevraagd met een model dat later zal worden bepaald.

Op basis van deze extra elementen verzoeken we u ons tegen 11 april 2012 te melden of uw oorspronkelijke offerte tot 30 juni 2012 geldig blijft, dan wel of u het nodig acht om de voorwaarden van uw offerte aan te passen. Als we op 11 april 2012 geen reactie hebben ontvangen, gaan we ervan uit dat u uw offerte intrekt.

Voorts vragen we u het bijgevoegde document in te vullen om de uitsplitsing van uw uitvoeringskosten te verduidelijken.

De indieningsmodaliteiten van de offertes zoals beschreven in het bestek (punt 3.8 - Verzending van de offertes) blijven van toepassing, behalve het adres van de zetel. Gelieve uw offerte onder gesloten omslag te richten aan: [...]”.

Het in deze brief vermelde “bijgevoegde document” is een in te vullen document met de kosten per perceel met opsplitsing tussen eenvoudige zaken en complexe zaken (waar de meerkost moet worden vermeld). De in te vullen kosten worden verdeeld in “geraamde tijd / kosten verantwoordelijke advocaat”, “geraamde tijd / kosten advocaat-medewerker”, “geraamde tijd / kosten andere medewerker”, “verplaatsingskosten”, “IT infrastructuur”, “portkosten”, “andere kosten” en “totaal”. Tevens dient het aantal personen te worden vermeld die betrokken zijn bij het beheer van de Hydrobrudossiers en het aantal extra beschikbare personen bij veel werk, en de software voor geautomatiseerde behandeling van de dossiers.

In fine van de brief wordt gewezen op de mogelijkheid een beroep in te stellen tegen de beslissing van de raad van bestuur van 26 januari 2012 waarbij de stopzettingsbeslissing van 29 september 2011 wordt ingetrokken.

3.17. Met een brief van 10 april 2012 antwoordt tweede verzoekende partij op de brief van 29 maart 2012 dat de oorspronkelijke offerte geldig blijft en dat de voorwaarden ervan niet dienen te worden aangepast. Wat de uitsplitsing van de uitvoeringskosten betreft antwoordt zij dat alle offertes destijds werden vergeleken, dat bij telefax van 13 juli 2011 om een verantwoording is gevraagd, dat in de verantwoording reeds was vermeld dat voor de uitvoering beroep kan worden gedaan op drie administratieve bedienden en op de advocaten binnen de associatie Faber, dat voor reeksen van dossiers een speciale software werd ontwikkeld in aanvulling op de gebruikelijke kantoorsoftware en dat deze verantwoording tijdig werd gegeven en aanvaard. Er wordt ten slotte voorbehoud gemaakt bij de “wijziging van de aanbestedingsvoorwaarden” zoals meegedeeld in de brief van 29 maart 2012 en gevraagd de procedure verder te zetten conform het oorspronkelijke bestek.

IV. Samenvoeging

4. Met een verzoekschrift van 10 april 2012 hebben verzoekende partijen een tweede vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld van “de beslissingen van verweerder dd. 26 januari 2012 en 29 maart 2012, meegedeeld bij brief dd. 29 maart 2012 met betrekking tot het bestek nr. 1459-a., evenals van diens beslissingen om deze overheidsopdracht (hen) niet te gunnen, noch in zijn geheel, noch voor een of meerdere percelen”, zaak gekend onder rolnummer A. 204.404/XII-6911. Dit betreft de met voorliggende gunningsprocedure parallel gevoerde gunningsprocedure inzake de opdracht “het verlenen van juridische diensten met betrekking tot de gerechtelijke invorderingsprocedure voor de onbetaalde facturen voor waterverbruik”.

Er is geen grond in de huidige stand van het geding om op de vraag van de partijen tot samenvoeging van de beide procedures in te gaan.

Ze worden wel terzelfder tijd behandeld.

V. Vertrouwelijkheid van de stukken

5.1.1. Verwerende partij voegt de “ranglijsten der offerten per prijs (opgesteld na de opening der offertes)” als vertrouwelijk stuk bij het administratief dossier. Zij motiveert in de nota dat de prijs het doorslaggevend criterium voor de gunning is met een weging van 90/100 en dat dit stuk in de huidige stand van de procedure dan ook als vertrouwelijk dient te worden beschouwd aangezien de kennisneming ervan aan verzoekende partijen een voordeel zou kunnen verschaffen indien de gunningsprocedure, desgevallend onder andere modaliteiten indien de Raad van State onregelmatigheden zou vaststellen, zou worden voortgezet.

5.1.2. Verzoekende partijen stellen in het verzoekschrift dat het administratief dossier alle offertes zal bevatten en het “eindklassement”, waarvan de raad van bestuur in de voetnoot van de bestreden beslissing van 26 januari 2012 het bestaan erkent, eindklassement dat niet vertrouwelijk is.

6. Het lijkt niet raadzaam reeds in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid -en dus zonder diepgaand onderzoek- de vertrouwelijkheid van het betrokken stuk dat zoals hierna zal blijken niet kan worden beschouwd als de eindrangschikking van de gevolgde gunningsprocedure, te lichten, wegens de dreiging daardoor ingrijpende en niet-omkeerbare gevolgen voor het zakengeheim van de betrokken inschrijvers te bewerkstelligen. In het kader van de huidige procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid lijkt het voorts niet aangetoond dat het betrokken stuk manifest als niet-vertrouwelijk is te beschouwen en vanuit het oogpunt van het recht op een eerlijk proces in dit stadium noodzakelijk dient te worden meegedeeld aan verzoekende partijen.

Bijgevolg blijft het door verwerende partij vertrouwelijk aangemerkte stuk niet ter inzage, wat de Raad van State evenwel niet belet van

deze informatie kennis te nemen en deze waar nodig in zijn beoordeling te betrekken.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

Standpunt van de partijen

7.1. Verzoekende partijen duiden als voorwerp van hun vordering verschillende beslissingen aan. In de eerste plaats wijzen ze op de beslissing van de raad van bestuur van verwerende partij van 26 januari 2012, vervolgens op de beslissing van de directeur-generaal van verwerende partij van 29 maart 2012 en ten slotte op de beslissingen van verwerende partij om de opdracht niet aan verzoekende partijen te gunnen.

7.2. Verwerende partij merkt onder meer op dat verzoekende partijen ten onrechte een onderscheid maken tussen de beslissing van 26 januari 2012 en de brief van de directeur-generaal van 29 maart 2012.

Voorts stelt zij dat de vordering niet ontvankelijk is. Zij merkt op dat de bestreden beslissing, die in haar lezing enkel de beslissing van de raad van bestuur van 26 januari 2012 inhoudt om de gunningsprocedure van overheidsopdracht nr. 1459-b te hervatten na de schorsing door de Raad van State van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 29 september 2011 om die procedure stop te zetten, niet definitief griefhoudend is maar een niet aanvechtbare voorbereidende handeling.

Verwerende partij betoogt dat verzoekende partijen tevergeefs pogen aan te tonen dat zij was overgegaan tot een definitieve eindrangschikking van de inschrijvingen zodat enkel nog de begunstigde diende te worden aangeduid. Verwerende partij stelt dat dit niet de draagwijdte is van het zogenaamde eindklassement zoals vermeld in de voetnoot van haar beslissing van 26 januari 2012; het onderzoek van de offertes was niet beëindigd; de voetnoot was enkel een herhaling voor de leden van de raad van bestuur van de grond tot stopzetting van de procedure die door de Raad van State als onregelmatig werd beoordeeld. De beslissing van 26 januari 2012 is volgens verwerende partij enkel de intrekking van

de eerdere, geschorste beslissing om de procedure stop te zetten zodat alle inschrijvers zich in de toestand bevinden waarin ze zich bevonden vooraleer de ingetrokken beslissing werd genomen. Ten slotte wijst verwerende partij erop dat het om een onderhandelingsprocedure gaat wat inhoudt dat zij steeds kan beslissen met alle of enkele inschrijvers te onderhandelen.

Beoordeling

8. In beginsel bestaat er geen noodzaak om een exceptie te onderzoeken en er uitspraak over te doen wanneer de grondvoorwaarden voor het toewijzen van een schorsing niet zijn vervuld.

9. Anders is het, zoals hier, wanneer de aangevoerde exceptie samenhangt met de grond van de zaak.

Wat de beslissing van 26 januari 2012 betreft moet worden opgemerkt, mede in het licht van artikel 65/14 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, dat beslissingen van aanbestedende overheden inzake een overheidsopdracht op verzoek van elke persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht te krijgen en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld, worden aangevochten met een beroep tot nietigverklaring en in voorkomend geval met een vordering tot schorsing, zelfs als de beslissing voorbereidend is ten opzichte van de uiteindelijke beslissing tot gunning, mits ten aanzien van die verzoekende partij deze niet verschijnt als een louter voorbereidende beslissing maar als een voorbeslissing met voor die verzoekende partij definitieve rechtsgevolgen.

De beslissing van 26 januari 2012 tot hervatting van de gunningsprocedure en dus om terug te komen op de stopzetting van die procedure, wat hier niet anders kan worden geïnterpreteerd dan als een intrekkingbeslissing van de stopzettingsbeslissing van 29 september 2011, lijkt tegemoet te komen aan het eerdere schorsingsberoep van verzoekende partijen doch zij merken in hun eerste middel op dat deze intrekking enkel ten aanzien van hen en niet van de

andere inschrijvers mag gelden. Minstens in die zin hebben verzoekende partijen belang bij het aanvechten van de beslissing van 26 januari 2012.

Wat de zogenaamde beslissing van 29 maart 2012 betreft merkt de Raad van State op dat dit de kennisgeving betreft van de beslissing van 26 januari 2012 wat geen aanvechtbare rechtshandeling lijkt te zijn. Voor zover in de brief van 29 maart 2012 aan de inschrijvers geactualiseerde gegevens worden gegeven, wordt medegedeeld dat voor elk perceel de dossiers maandelijks en gegroepeerd zullen worden overgezonden en dat de vorderingsstaat van de toevertrouwde dossiers alsook een afrekening van de gerecupereerde bedragen per kwartaal zal worden gevraagd en wordt gevraagd aan de inschrijvers tegen een bepaalde datum hun offerte eventueel te wijzigen, bekritisieren verzoekende partijen deze handelwijze in hun tweede en derde middel zodat de problematiek met de grond van de zaak lijkt samen te vallen.

Ten slotte, in de mate dat verzoekende partijen aanvoeren dat er geen intrekking is van de beslissing de opdracht niet te gunnen aan de kandidaat die het eindklassement aanvoert en aan wie de opdracht moet worden gegund en dit in het licht van hun vorige schorsingsvordering waarin zij de beslissingen aanvechten om verzoekende partijen de opdracht niet te gunnen, merkt de Raad van State op dat, zoals hij reeds vaststelde in het voornoemd arrest nr. 216.880, uit het administratief dossier niet blijkt er een eindrangschikking is opgesteld of kon worden opgesteld omdat niet blijkt dat er werd overgegaan tot een beslissing over de regelmatigheid van de offertes waarvoor een prijsverantwoording was gevraagd, laat staan dat er een toetsing van de offertes is gebeurd aan alle gunningscriteria. Er lijkt dan ook geen sprake van een gunningsbeslissing of een impliciete weigeringsbeslissing. In zoverre de vordering hiertegen gericht zou zijn, is ze onontvankelijk bij gebrek aan voorwerp.

VII. De schorsingsvoorwaarden

10. Krachtens 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.

Te dezen is 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 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 partijen 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.

VIII. Onderzoek van de middelen

Vooraf

11. De Raad van State merkt op dat de middelen in het verzoekschrift van verzoekende partijen niet steeds voor onmiddellijk begrip geformuleerd zijn en herhalingen en overlappingen lijken te bevatten. In het kader van de verplicht gestelde procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan de Raad van State enkel een *prima facie* onderzoek van de middelen verrichten, zoals die zich in een eerste lezing tot hun essentie laten herleiden, zonder noodzakelijk op elk onderdeel en subonderdeel ervan in te gaan.

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

12. Verzoekende partijen voeren in een eerste onderdeel machtsoverschrijding aan en de schending van artikel 19 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en van het rechtszekerheidsbeginsel. In een tweede onderdeel werpen zij de schending op van de artikelen 2, 3 en 6 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van het algemeen beginsel van formele motivering van bestuurshandelingen en van de artikelen 65/4 en 65/5 van de wet van 24 december 1993, afzonderlijk en samen genomen met het rechtszekerheidsbeginsel.

Zij vatten dit middel zelf als volgt samen :

“De stopzettingsbeslissingen zijn definitief ten aanzien van de kandidaten die geen (ontvankelijk) annulatie-beroep bij de Raad van State hebben ingesteld; bij de ‘hervatte’ gunningsprocedure moet men zich thans beperken tot de kandidaten die een (ontvankelijk) annulatie-beroep hebben ingediend. Een uitzondering op deze regel had hoe dan ook alleszins formeel moeten gemotiveerd worden”.

Beoordeling

13.1. Het eerste onderdeel lijkt te steunen op de ingeroepen schending van artikel 19 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en het rechtszekerheidsbeginsel namelijk dat de eerdere stopzettingsbeslissing definitief is ten aanzien van alle inschrijvers die deze beslissing niet tijdig hebben aangevochten en enkel niet definitief is en dus ingetrokken kan worden ten aanzien van de inschrijvers die deze beslissing wel hebben aangevochten, hier dus verzoekende partijen.

Zoals hoger opgemerkt werd tegen de initiële stopzettingsbeslissing een annulatieberoep ingesteld en is dit beroep nog hangende. Die beslissing, die bij arrest nr. 216.880 werd geschorst, mocht dan ook worden ingetrokken zonder dat moet worden nagegaan of dergelijke beslissing

rechten verleent. Door dergelijke intrekking wordt die beslissing geacht nooit te hebben bestaan en dit lijkt te gelden tegenover alle kandidaten ten aanzien van wie nog geen eindbeslissing werd genomen, dus tegenover alle inschrijvers. Bijgevolg lijken alle offertes te moeten worden onderzocht.

Het eerste onderdeel is niet ernstig.

13.2. Het tweede onderdeel betreft de formele motivering van de beslissing de gunningsprocedure te hervatten vanaf het punt waar de Raad van State de onregelmatigheid heeft vastgesteld.

Vastgesteld wordt dat de bestreden beslissing een motivering voor het hervatten van de procedure bevat, namelijk het bestaan en de draagwijdte van het schorsingsarrest van de Raad van State. Voorts lijkt geen bijzondere motivering waarom de intrekking ten aanzien van alle inschrijvers geldt, te moeten worden gegeven aangezien dit, zoals hoger opgemerkt, eigen lijkt aan een intrekking.

Het tweede onderdeel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

14. Verzoekende partijen voeren in een eerste onderdeel “[o]nwettige motieven, machtsoverschrijding en machtsafwending” aan, in een tweede onderdeel “onbevoegdheid en gebrek aan rechtsgrond” en in een derde onderdeel de schending van de artikelen 2, 3 en 6 van de wet van 29 juli 1991, van het algemeen beginsel van formele motivering van bestuurshandelingen en van de artikelen 65/4 en 65/5 van de wet van 24 december 1993, afzonderlijk en samen genomen met het rechtszekerheidsbeginsel.

Zij vatten dit middel zelf als volgt samen:

“Een vergelijking van de ‘standaardbrief’ dd. 29 maart 2012 met het ‘uittreksel van de notulen’ van de vergadering dd. 26 januari 2012 van de Raad van Bestuur wijst uit dat de Directeur-generaal zelf beslist tot wat bovendien een onwettige verkapte heraanbesteding is via een ‘aanpassing/verduidelijking’.

Beoordeling

15.1.1. Wat het eerste en tweede onderdeel samen betreft stellen verzoekende partijen in de eerste plaats dat het motief om de procedures thans niet af te ronden de vaststelling is dat verwerende partij niet wil dat alle percelen aan dezelfde inschrijver worden gegund. Dit leiden verzoekende partijen af uit de voetnoot bij de beslissing van 26 januari 2012 waaruit volgens hen blijkt dat het eindklassement verwerende partij niet aanstaat.

15.1.2. De Raad van State merkt op dat deze voetnoot niet meer dan een herhaling voor de raad van bestuur lijkt te zijn van de door de Raad van State niet aangenomen reden voor de eerdere stopzetting van de gunningsprocedure. In de mate dat verzoekende partijen stellen dat het motief om de procedures nu niet af te ronden de vaststelling blijft dat “alle percelen [...] aan dezelfde inschrijver [moeten] worden gegund (omdat) deze voor alle percelen de meest voordelige offerte indiende” blijkt niet, zoals *sub* 13.2 aangenomen, dat dit de reden van de bestreden beslissing is.

15.2.1. In het eerste onderdeel betogen verzoekende partijen dat onder voorwendsel van een verduidelijking en een vraag tot aanpassing van de offertes, verwerende partij een verkapte heraanbesteding doorvoert ten nadele van verzoekende partijen. Dit is machtsoverschrijding en machtsafwending. Dergelijke vragen zijn vanuit economisch standpunt niet aan de orde te meer omdat de offerte van verzoekende partijen reeds abnormaal laag is. In het arrest nr. 216.880 had de Raad van State reeds aangenomen dat de zogenaamde doelstelling om aan verschillende kantoren te gunnen, pas bleek uit de beslissing zelf terwijl verwerende partij eenzelfde doelstelling nu hanteert voor de bestreden beslissing; hiermee schendt zij het gezag van het schorsingsarrest.

15.2.2. De Raad van State wijst er opnieuw op dat de voornoemde voetnoot niet meer lijkt dan de weergave waarom de eerdere procedure werd rechtgezet en dat zij niet de reden is van de thans bestreden beslissing. Zoals reeds opgemerkt *sub* 9 is het in die voetnoot vermelde eindklassement niet de eindrangschikking waarmee een gunningsprocedure wordt afgesloten zodat niet wordt aangenomen dat de gunningsprocedure beëindigd was. Verzoekende partijen tonen ook niet aan waarom verwerende partij in het kader van een onderhandelingsprocedure, waar de mogelijkheid van onderhandeling en dus aanpassing van de offertes op het eerste gezicht inherent lijkt aan te zijn en die in mei 2010 werd opgestart, niet een verduidelijking mocht geven of een vraag tot al dan niet aanpassing mocht stellen.

Het eerste onderdeel is niet ernstig.

15.3.1. In het tweede onderdeel betogen verzoekende partijen dat de directeur-generaal onbevoegd is om verduidelijkingen te geven en aanpassingen te vragen. Het gaat om een verkapte heraanbesteding. De raad van bestuur van verwerende partij heeft daartoe ook niet beslist, mocht ze het al hebben gemogen.

15.3.2. Wat het aspect van de zogenaamde heraanbesteding betreft wordt hierboven al aangenomen dat hier geen sprake van lijkt te zijn. Voorts lijkt het geven van verduidelijking en de vraag tot aanpassing en verduidelijking van de offertes *prima facie* niet meer dan uitvoeringen van de beslissing een onderhandelingsprocedure te voeren en deze procedure te hervatten.

Het tweede onderdeel is niet ernstig.

15.4.1. In het derde onderdeel wijzen verzoekende partijen erop dat artikel 65/4 en 65/5 van de wet van 24 december 1993 de formele motiveringsplicht bevestigt inzake het gunnen of afzien van de opdracht met als tussenmodaliteit het hervatten van de procedure. Hier zouden de bestreden beslissingen niets vermelden over de rechtsgrond om de inschrijvers hun offertes te laten aanpassen of verduidelijken of die de directeur-generaal bevoegd maakt om dit alles te bepalen eerder dan de raad van bestuur.

15.4.2. Het onderdeel kan niet worden aanvaard. In het licht van de gunningswijze, namelijk de onderhandelingsprocedure en het stadium waarin deze is beland, is geen bijzondere motivering vereist om de inschrijvers verduidelijking of aanpassing te vragen. Zoals hoger opgemerkt is in dit kader evenmin een bijzondere rechtsgrond vereist om de directeur-generaal toe te laten te doen wat hij deed.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

16. Verzoekende partijen voeren de schending aan van de artikelen 2, 3 en 6 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van het algemeen beginsel van formele motivering van bestuurshandelingen, evenals de schending van de artikelen 65/4 en 65/5 van de wet van 24 december 1993.

Zij vatten dit middel zelf als volgt samen :

“Alle offertes werden vergeleken en verzoekers werden dan om uitleg verzocht wegens ‘abnormaal laag beschouwde prijzen, dus onrealistisch’. De brief dd. 29 maart 2012 bevat noch het ‘eindklassement’, vermeld in de notulen van de vergadering dd. 26 januari 2012, noch de naam van de kandidaten die een beroep indienden noch de reden voor een ‘aanpassing’ & ‘verduidelijking’”.

Beoordeling

17. In de eerste plaats dient hier opnieuw te worden opgemerkt dat uit het administratief dossier niet blijkt dat de gunningsprocedure tot een eindrangschikking heeft geleid. Evenmin tonen verzoekende partijen aan waarom een vraag tot verduidelijking en aanpassing formeel moet worden gemotiveerd.

Verzoekende partijen geven ook niet aan waarom in de bestreden beslissingen zou moeten worden vermeld welke inschrijvers de beslissingen van 15 september 2011 en 29 september 2011 betwisten.

Het middel is niet ernstig.

IX. Besluit

18. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

De Raad van State verworpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 7 mei 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Pierre Barra