

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 219.662 van 7 juni 2012
in de zaak A. 204.866/XII-6945**

In zake: de BV DE METEOR, vennootschap naar Nederlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Thomas Bienstman
kantoor houdend te 9000 Gent
Vlaanderenstraat 78
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

INFRABEL, naamloze vennootschap van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe, Nathanaelle Kiekens en Sebastien
Devos
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 mei 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 29 maart 2012 van de Raad van Bestuur van de nv Infrabel, met betrekking (1) tot de intrekking van de gunningsbeslissing van 22 december 2011 van de Raad van Bestuur inzake de toewijzing van 6 identieke loten 1 aan bv De meteor en (2) tot stopzetting van de lopende onderhandelingsprocedure met bekendmaking voor wat betreft de toewijzing van 6 loten 1 en optionele loten 3, 4 en 5 leveringen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 31 mei 2012, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Thomas Bienstman, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Nathanaelle Kiekens, die loco advocaat David D’Hooghe 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. De nv van publiek recht Infrabel beslist op 19 juli 2011 tot het uitschrijven van een overheidsopdracht voor de levering van betonnen dwarsliggers.

3.2. De opdracht wordt gegund bij wege van onderhandelingsprocedure met bekendmaking, in het kader van een kwalificatiestelsel.

3.3. Het betreft een opdracht voor leveringen, met verscheidene “vaste” delen en een aantal bijkomende “optionele” delen. De opdracht is opgedeeld in “loten” per (vast) aantal dwarsliggers, waarbij verschillende ondernemingen één of meerdere loten kunnen verwerven.

3.4. Het bestek met nummer 33C/0000184913/6000048923 wordt bezorgd aan vier voor de betrokken opdracht gekwalificeerde ondernemingen: verzoekende partij, nv Betonfabriek De Bonte, sa Usines Dupuis en sa Prefer.

In het bestek wordt het voorwerp van de opdracht als volgt omschreven:

“U wordt verzocht uw voordeligste offerte in te dienen voor de levering van betonnen dwarsliggers van het type monobloc M 41 (volgens de tekeningen 47.03.26-02-01 van 02.10.2002 in uw bezit) tekeningen, verdeeld in 18 loten als volgt:

- 10 identieke loten 1, van elk 20.000 dwarsliggers van het type M 41;
- 2 identieke loten 2, van 2.000 dwarsliggers van het type M 41 CR;
- 4 identieke loten 3, optioneel van elk 20.000 dwarsliggers van het type M 41;
- 2 identieke loten 4, optioneel van 2.000 dwarsliggers van het type M 41 CR;

De loten 3 en 4 vormen opties eventueel te lichten uiterlijk 30.09.2012.

Er mag slechts ingeschreven worden voor een aantal loten voor dewelke de inschrijver kan bewijzen, in zijn offerte, dat zijn productiecapaciteit toelaat om het totaal aantal voorziene dwarsliggers af te werken binnen de contractuele leveringstermijn, met een maximum van 6 loten 1.

Infrabel verbindt er zich niet toe alle loten 1 en 2 te bestellen noch tot het lichten van de opties betreffende de loten 3 en 4.

Er mogen geen vrije varianten voorgesteld worden”.

Voorts wordt ook nog het volgende bepaald:

“De inschrijvers worden verzocht om in hun offerte reeds hun beste prijzen en kortingen aan te bieden omdat Infrabel zich het recht voorbehoudt om gedurende de eventuele onderhandelingen deze, al dan niet over de prijs, mogelijks uitsluitend te voeren met de inschrijver(s) die het best is (zijn) gerangschikt”.

3.5. Op 10 oktober 2011 hebben de vier betrokken ondernemingen een eerste offerte ingediend.

In deze eerste offerte geeft de bv De Meteor in eerste instantie prijs op voor 2 “loten 1”. De aangeboden basisprijs bedraagt 51 euro. In geval van gunning van 2 “loten 1” biedt de bv De Meteor een korting van 2 euro per stuk, waardoor de eenheidsprijs op 49 euro zou komen te liggen.

3.6. Bij aangetekend schrijven van 19 oktober 2011 wordt door verwerende partij aan de verschillende inschrijvers gevraagd om hun offerte tegen uiterlijk 25 oktober 2011 als volgt aan te passen:

“De inschrijver dient eveneens prijs op te geven voor 6 extra optionele, identieke loten 5 van 20.000 betondwarsliggers M41 te leveren in het jaar 2013 aan dezelfde voorwaarden van de hoger vermelde overheidsopdracht. Deze opties zullen gelicht kunnen worden ten laatste voor 31.12.2012. In bijlage vindt u de aan te vullen prijsinventaris. Alle andere voorwaarden van het bestek blijven geldig, inclusief de clausule voor de prijsherzieningen”.

Bij dit schrijven wordt een aan de laatstgenoemde optionele loten aangepaste blanco inventaris gevoegd die door de inschrijvers moet worden ingevuld.

3.7. De vier inschrijvers dienen in antwoord op voormeld schrijven een aangepaste offerte in.

In haar “aangepaste” offerte geeft de bv De Meteor prijs op voor ditmaal 6 “loten 1”. De aangeboden basisprijs blijft behouden op 51 euro. Hierbij worden volgende kortingen aangeboden:

- 2 loten 1: 0,50 euro,
- 3 loten 1: 1,25 euro,
- 4 loten 1: 2,25 euro,
- 5 loten 1: 3,50 euro,
- 6 loten 1: 5,00 euro.

Bovendien geeft de bv De Meteor nu ook prijs op voor 4 “loten 3”. De basisprijs bedraagt hier 47 euro en er worden kortingen aangeboden van respectievelijk 0 en 0,25 en 0,50 euro. Tot slot geeft de bv De Meteor tevens prijs voor 6 optionele “loten 5”. Hierbij wordt dezelfde prijszetting aangeboden als bij de (niet-optionele) “vaste” “loten 1”.

3.8. Bij aangetekend schrijven van 27 oktober 2011 wordt aan de inschrijvers andermaal gevraagd om hun offertes aan te passen, specifiek rekening houdend met het volgende:

“- Om aan de Europese wetgeving te voldoen, preciseren wij dat de betondwarsliggers bij het verlaten van de productie zullen moeten worden gestockeerd op een terrein naar zijn keuze, binnen Europa. Het terrein zal

aan Infrabel verhuurd worden tegen één symbolische Euro. De inschrijver zal in zijn antwoord de exacte omgeving dienen aan te geven, waar zij zullen worden gestockeerd gedurende de ganse looptijd van de overheidsopdracht.

- Infrabel beschouwt de planning van levering als een essentiële voorwaarde voor de overheidsopdracht. Als de planning niet wordt gerespecteerd, behoudt Infrabel zich het recht om de gestelde maatregelen zoals voorzien in het bestek toe te passen (zie bijlage van het Koninklijk Besluit van 26 september 1996).

- Infrabel dient in het bezit te zijn van een recent attest afgeleverd door het organisme van de sociale zekerheid waarbij de inschrijver aangesloten is en waaruit blijkt dat hij zijn verplichtingen nagekomen is m.b.t. de betalingen der bijdragen van de sociale zekerheid, overeenkomstige de Belgische wetgeving of deze van het land waar deze gevestigd is. Indien Infrabel niet in het bezit is van dit document, dan zal de offerte als niet conform worden beschouwd.

- Zowel het antwoord op deze brief, als het antwoord op de inventaris in bijlage, dienen ons volledig ingevuld te worden aangeleverd ten laatste op 10 november 2011 en dit per aangetekend schrijven of per drager. De inschrijver dient eveneens zijn antwoord per fax [...] of per mail [...] kenbaar te maken”.

Bij dit schrijven wordt opnieuw een integrale blanco inventaris gevoegd die door de inschrijvers moet worden ingevuld.

3.9. De vier inschrijvers dienen vervolgens een tweede aangepast voorstel in.

In dit finaal voorstel van 10 november 2011 geeft de bv De Meteor opnieuw prijs op voor dezelfde loten als in haar tweede voorstel. De basisprijzen voor de “loten 1, 3 en 5”, respectievelijk 51, 47 en 51 euro, blijven behouden. De korting die aangeboden wordt op 6 “loten 1” en op 6 “loten 5”, wordt verhoogd naar 6 euro (in plaats van 5 euro). Ook de kortingen aangeboden op 2, 3 en 4 “loten 3” worden verhoogd naar respectievelijk 0,25, 0,50 en 1 euro.

Zij schrijft daarin onder meer ook het volgende:

“In de marge hiervan, wensen wij nog kort een vraag met u te delen omtrent het verloop van de gunningsprocedure tot op heden.

Zoals wij dit begrijpen, heeft u in het raam van de gevolgde onderhandelingsprocedure de nodige vrijheid van handelen. Dit uiteraard

binnen de grenzen van de algemene (Europeesrechtelijke) beginselen van gelijkheid, non-discriminatie en transparantie.

Onze vraag betreft meer bepaald de aanpassingen die Infrabel in de loop van de gunningsprocedure heeft aangebracht aan enkele essentiële besteksonderdelen.

Een dergelijke aanpassing van het bestek moet o.i. met de nodige omzichtigheid worden benaderd. Immers, er bestaat steeds het gevaar dat het (bekendgemaakte) voorwerp van de opdracht wezenlijk wordt gewijzigd. Bovendien raakt dergelijke aanpassing van belangrijke onderdelen van het bestek steeds aan de toetssteen van de gelijke behandeling der inschrijvers.

Wij zijn er alvast van overtuigd dat onze bieding de economisch meest voordelige is en wij willen voorzeker deze opdracht voor Infrabel tot een succes maken. Het is vanuit deze optiek dat wij deze vraag met u delen, bezorgd als we zijn over het goede verloop van onderhavige gunningsprocedure.

Voor alle duidelijkheid: deze vraagstelling maakt geenszins deel uit van de eigenlijke, aangepaste offerte, die u onvoorwaardelijk en conform het bestek wordt overgemaakt. Wij kijken er alvast naar uit om met u verder samen te werken!”.

3.10. Het gunningsverslag bevat het volgende voorstel van beslissing met vermelding van de te kiezen inschrijvers:

“5.1. Firma De Meteor BV (NL)

- 6 identieke loten 1, van elk 20.000 dwarsliggers van het type M 41 uitgerust met onderlegplaten, tegen de eenheidsprijzen van 45,00 EUR voor een totaal van 5.400.000,00 EUR;

5.2. Firma Prefer SA

- 4 identieke loten 1, van elk 20.000 dwarsliggers van het type M 41 uitgerust met onderlegplaten, tegen de eenheidsprijs van 68,00 EUR voor een totaalbedrag van 5.440.000,00 EUR;

5.3. Firma Usines Dupuis SA

- 2 identieke loten 2, van elk 2.000 dwarsliggers van het type M 41 CR uitgerust met onderlegplaten, tegen de eenheidsprijs van 80,73 EUR voor een totaalbedrag van 322.920,00 EUR;

De totale uitgave voor de 10 loten 1 (200.000 M 41) en 2 loten 2 (4.000 M 41 CR) van betonnen dwarsliggers van het type monobloc belooft, voor de behoeften van 2012, 11.162.920,00 EUR en zal worden geboekt op de rekening Bevoorradingen.

De opties met betrekking tot ten hoogste 4 loten 3 (80.000 dwarsliggers van het type M 41) en 2 loten 4 (4.000 dwarsliggers van het type M41 CR)

zullen enkel worden gelicht (uiterlijk op 20.09.12) ingeval van bijkomende behoeften die door de Directie Infrastructuur volgens de regels werden goedgekeurd.

Dit is eveneens geldig voor de optionele 6 loten 5 (120.000 dwarsliggers van het type M41), voor de behoeften van 2013, alleen dienen deze uiterlijk op 31.12.2012 te worden gelicht”.

3.11. Voormeld voorstel van beslissing wordt goedgekeurd door de raad van bestuur van verwerende partij - volgens de nota in de zaak A. 203.159/XII-6795 op 22 december 2011. Die beslissing wordt in het administratief dossier in die zaak slechts neergelegd als een kopie en zonder leesbare datum.

3.12. Die gunningsbeslissing wordt met een op 27 december 2011 aangetekend schrijven van 23 december 2011 aan de inschrijvers ter kennis gebracht.

3.13. Op 5 januari 2012 dient de sa Usines Dupuis tegen deze beslissing een verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en nietigverklaring in bij de Raad van State. Dit is de zaak A. 203.147/VI-19.404. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt door de Raad van State verworpen bij arrest nr. 217.430 van 23 januari 2012.

3.14. Op 6 januari 2012 dient de nv Betonfabriek De Bonte een verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van State tegen de beslissing de levering van 120.000 betonnen dwarsliggers van het type monobloc M41 uitgerust met onderlegplaten te gunnen aan de bv Meteor en tegen de daarmee samenhangende impliciete beslissing om de opdracht niet te gunnen aan de nv Betonfabriek De Bonte. Dit is de zaak A. 203.159/XII-6795.

Bij arrest nr. 217.773 van 7 februari 2012 beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van “de beslissing van de raad van bestuur van nv Infrabel, volgens de nota 22 december 2011 gedateerd, in zoverre daarbij aan bv de Meteor gunning wordt gegeven van ‘6 identieke loten 1’, van elk 20.000 dwarsliggers van het type M41

uitgerust met onderlegplaten, voor een totaal bedrag van 5.400.000,00 euro” en verwerpt de Raad van State de vordering voor het overige.

Om de volgende redenen wordt het derde middel ernstig bevonden:

“13. Verzoekende partij lijkt in dit middel uitsluitend de offerte van de gekozen inschrijver te viseren, in de mate dat dat deze werd uitgebreid met vier loten. Uit het administratief dossier blijkt bovendien dat al de andere inschrijvers reeds in hun initiële offerte prijs hadden opgegeven voor 6 ‘loten 1’.

In de mate dat dat verwerende partij na schorsing op grond van het besproken middel een nieuwe gunningsbeslissing zou nemen wat deze zes loten 1 betreft lijkt het niet uitgesloten dat verzoekende partij nog in aanmerking komt voor de gunning van bepaalde loten 1. Verwerende partij en tussenkomende partij lijken immers in hun excepties uit het oog te verliezen dat voor de prijs voor de gunning van één, twee, drie of vijf loten 1, verzoekende partij de op één na laagste prijs blijkt te hebben ingediend, na de prijs van tussenkomende partij. Indien laatstgenoemde bij een nieuwe gunningsbeslissing nog slechts twee loten zouden worden gegund, lijkt verzoekende partij kans te hebben op gunning van loten 1, en bijgevolg heeft zij belang bij de vordering, gesteund op het hier besproken middel waarin zij de toewijzing van 6 loten 1 aan tussenkomende partij aanvecht. De excepties worden in zoverre niet aanvaard.

14. Wat het ernstig karakter van het middel betreft moet worden vastgesteld dat de onderhandelingsprocedure met bekendmaking, zoals verwerende partij terecht opmerkt, onder meer wordt gekenmerkt door het aan de aanbestedende overheid geboden flexibele kader, waarbij zij met de inschrijvers kan onderhandelen en een grote vrijheid heeft om de procedure in te richten en te doorlopen. Het valt aldus binnen de discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende overheid om te bepalen waarover kan worden onderhandeld, in zoverre echter daarbij de geldende regelgeving, de bepalingen van het bestek en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals het gelijkheidsbeginsel worden geëerbiedigd.

15. Artikel 89 van het voormelde koninklijk besluit van 10 januari 1996 bepaalt dat indien het bestek meerdere percelen bevat, de inschrijver een offerte mag indienen voor één of meer percelen. Voor elk gekozen perceel dient de inschrijver een offerte in. Indien het bestek dit toelaat, kunnen deze offertes wel in één document worden opgenomen en mag de inschrijver zijn offerte voor de verschillende percelen aanvullen met prijsverminderingen.

16. Te dezen blijkt uit het bestek dat de opdracht tot levering van betonnen dwarsliggers als volgt wordt verdeeld in 18 loten:

- 10 identieke loten 1, van elk 20.000 dwarsliggers van het type M 41;
- 2 identieke loten 2, van 2.000 dwarsliggers van het type M 41 CR;
- 4 identieke loten 3, optioneel van elk 20.000 dwarsliggers van het type M 41;
- 2 identieke loten 4, optioneel van 2.000 dwarsliggers van het type M 41 CR.

Bij aangetekend schrijven van 19 oktober 2011 wordt door verwerende partij aan de verschillende inschrijvers gevraagd om ‘eveneens’ prijs op te geven voor 6 extra optionele, identieke loten 5 van 20.000 betondwarsliggers M41 te leveren in het jaar 2013 aan dezelfde voorwaarden van de hoger vermelde overheidsopdracht.

Het loutere feit dat er sprake is van ‘identieke’ loten, neemt op het eerste gezicht niet weg dat zij als afzonderlijke percelen te beschouwen zijn.

Uit het voorgaande blijkt *prima facie* reeds dat het standpunt van tussenkomende partij dat het bijzonder bestek voorzag in de toewijzing van 4 loten waarvan het lot 1 betrekking had op 6 onderdelen van 20.000 dwarsliggers feitelijke grondslag mist.

17. Voorts blijkt uit het administratief dossier dat tussenkomende partij met haar initiële inschrijving slechts een offerte heeft ingediend voor twee percelen van de opdracht, namelijk voor een eerste lot 1 en een tweede lot 1.

Ook het standpunt van tussenkomende partij dat zij initieel een prijs heeft voorgesteld van 51 euro bij toewijzing van één enkel onderdeel, met korting bij toewijzing van twee ‘of meer’ onderdelen, en aldus wel een eenheidsprijs zou hebben ingediend voor het hele lot 1, lijkt op het eerste gezicht feitelijke grondslag te missen.

Dit blijkt in de eerste plaats uit de eerste bladzijde van de offerte zelf waarin slechts een ‘aanbieding eerste Lot 1’ en een ‘aanbieding tweede Lot 1’ wordt vermeld. Dit wordt tevens bevestigd in de bij haar offerte gevoegde inventaris waar zij slechts een prijs opgeeft voor een eerste lot 1 en slechts een korting opgeeft in geval van gunning van twee loten 1. Indien zij voor meer loten 1 had willen inschrijven met eenzelfde korting, had zij in de inventaris diezelfde korting van 2 euro bij 3 loten 1, 4 loten 1, 5 loten 1 en 6 loten 1 kunnen invullen, wat zij evenwel niet blijkt te hebben gedaan. Ook de opgegeven productiecapaciteit was hier trouwens enkel betrokken op eerste en tweede loten 1. Ten slotte lijkt het dat ook verwerende partij de offerte van tussenkomende partij begrepen heeft als een offerte voor 2 loten 1.

18. In tegenstelling tot wat verwerende partij en tussenkomende partij betogen, betreft de aangepaste inschrijving van tussenkomende partij, waarbij nu voor het eerst een prijs wordt opgegeven voor zes loten 1 dus geen ‘aangepaste’ offerte, wat prijzen betreft, zoals de overige inschrijvers trouwens blijken te hebben gedaan. Zij blijkt daarentegen op 25 oktober 2011 vier nieuwe offertes ‘lot 1’ te hebben ingediend, die vervolgens nogmaals werden aangepast bij brief van 10 november 2011.

Het bijzonder bestek voorzag nochtans in 10 oktober 2011 als uiterste datum voor het indienen van de offertes.

Met het aangetekend schrijven van 19 oktober 2011 werd door verwerende partij aan de inschrijvers slechts gevraagd om bijkomend ‘eveneens’ ‘prijs op te geven voor 6 extra optionele, identieke loten 5 van 20.000 betondwarsliggers M41 te leveren in het jaar 2013 aan dezelfde voorwaarden van de hoger vermelde overheidsopdracht’. Daarnaast wordt uitdrukkelijk vermeld dat alle overige voorwaarden van het bestek van toepassing blijven.

Aldus lijken voormelde nieuwe offertes ‘lot 1’ van tussenkomende partij, het voorwerp van deze vraag te buiten gaan en niet in overeenstemming te zijn met de in het bestek gestelde voorwaarden voor de termijn van indiening van de offertes.

19. Verwerende partij merkt terecht op dat de mogelijkheid om offertes aan te passen tot de essentie behoort van de onderhandelingsprocedure. In het voorliggende geval lijkt er evenwel geen sprake te zijn van een aanpassing van de offerte, doch van het indienen van een bijkomende offerte buiten de in het bestek voorgeschreven termijn voor het indienen van offertes.

Op het eerste gezicht houdt een onderhandelingsprocedure in dat de aanbestedende overheid, met de inschrijvers mag onderhandelen over de door hen ingediende offertes. Indien er geen offerte wordt ingediend, valt er op het eerste gezicht echter niet te onderhandelen, noch te gunnen.

20. Verwerende partij merkt nog op dat alle inschrijvers hun voorstellen hebben kunnen bijstellen en dus gelijk werden behandeld. Ook tussenkomende partij merkt op dat zowel verzoekende partij als tussenkomende partij op vraag van verwerende partij aangepaste en dus nieuwe offertes hebben ingediend en dat verzoekende partij dit nu niet aan tussenkomende partij mag verwijten.

Op te merken valt evenwel dat alle inschrijvers in hun ‘aangepaste’ offertes slechts lijken te zijn ingegaan op de vraag van verwerende partij om bijkomend prijs op te geven voor 6 extra optionele, identieke loten 5. Zij hebben dus allemaal op het eerste gezicht deze nieuwe offertes ingediend, doch uitsluitend op uitdrukkelijke vraag hiertoe van verwerende partij.

Voor het overige hadden de andere inschrijvers dan tussenkomende partij van bij hun eerste offerte reeds ingeschreven voor zes loten 1 en lijken zij enkel van de gelegenheid gebruik te hebben gemaakt om hun prijs voor deze percelen aan te passen in het kader van de onderhandelingen. Tussenkomende partij lijkt daarentegen de enige inschrijver die het schrijven van verwerende partij gebruikt heeft als aanleiding om alsnog 4 bijkomende offertes voor loten 1 in te dienen.

21. Door niet alleen rekening te houden met aangepaste offertes en de gevraagde bijkomende offertes voor de loten 5, doch daarnaast ook een nieuwe offerte voor de loten 1 te hebben aanvaard na de uiterlijke termijn voor indiening van offertes zoals voorgeschreven in het bestek, lijkt verwerende partij op het eerste gezicht dan ook te hebben gehandeld in strijd met het *patere legem*-beginsel en de gelijke behandeling van de inschrijvers. De overige inschrijvers lijken immers, in tegenstelling tot de gekozen inschrijver, tegen de oorspronkelijke datum voor de indiening van de offertes immers wel reeds een definitieve keuze te hebben moeten maken om al dan niet in de schrijven voor zes loten 1.

22. Het derde middel is aldus ernstig, wat volstaat om de schorsing van de bestreden beslissing te kunnen verantwoorden”.

In deze zaak werd inmiddels ook een annulatieberoep ingediend.

3.15. In een “document ter goedkeuring van de raad van bestuur”, “15. Intrekking gunningsbeslissing en stopzetting van de procedure” worden, na een overzicht van de voorgaanden, de gevolgen van dit schorsingsarrest besproken waarbij wordt opgemerkt dat dit schorsingsarrest niet de 4 identieke loten 1 gegund aan de sa Prefer of de 2 identieke loten 2 gegund aan de sa Usines Dupuis betreft, loten waarvan de gunning volgens dit document en de nota inmiddels aan deze inschrijvers werd betekend, en wordt voorgesteld de procedure wat de toewijzing van 6 loten 1 betreft stop te zetten omdat nv Infrabel de bedoeling heeft een nieuwe opdracht uit te schrijven om haar behoeften voor 2013 te dekken en de 6 loten 1 in het kader van die nieuwe opdracht opnieuw in mededinging te stellen. Gezien de kwantiteit van deze nieuwe aanbesteding zou nv Infrabel ook meer voordelige prijzen kunnen bedingen en bovendien stelt dit nv Infrabel in staat om waar nodig geacht mogelijke onduidelijkheden in het bestek te verhelpen. In acht genomen het schorsingsarrest en de beoogde nieuwe aanbesteding wordt voorgesteld om de procedure ook stop te zetten wat betreft de niet gegunde optionele loten 4, 5 en 6.

3.16. Dit document wordt door de raad van bestuur, volgens de nota en de hierna vermelde kennisgeving, op 29 maart 2012 goedgekeurd en moet dan, hoewel eigenlijk niet geformaliseerd als een beslissing van de raad van bestuur, doorgaan voor de bestreden beslissing.

3.17. Met een 24 april 2012 gedateerde brief, aangetekend en via e-mail verzonden op 25 april 2012, deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat verwerende partij de gunningsbeslissing “na kennisname van de conclusies van de Raad van State over de ingediende bezwaren” heeft moeten “herzien”. Bijgevoegd wordt een “uittreksel ontwerpnotulen van de RvB van 29/03/2012” en de “Goedgekeurde documenten door de RvB van 29/03/2012”.

3.18. Op 18 mei 2012 dient verzoekende partij de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. Verwerende partij betwist de tijdigheid van de vordering en het belang van verzoekende partij bij de vordering.

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

V. De 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.

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 de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

7. In een eerste middel roept verzoekende partij de schending in van “artikel 18 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in samenhang met het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur”. Haar grief vat zij als volgt samen:

“De bestreden beslissing schendt artikel 18 Wet Overheidsopdrachten, doordat de verwerende partij de 6 identieke loten 1 wil opnemen in één of méér nieuwe opdrachten, zonder dat zij dit recht uitdrukkelijk had voorgehouden in het bestek. Dergelijk optreden kan niet worden verwacht van een zorgvuldig optredend bestuur, zodat ook een schending dient weerhouden van het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur”.

In een bijkomende uiteenzetting benadrukt zij dat het bestek weliswaar bepaalt dat “Infrabel [...] er zich niet toe [verbindt] alle loten 1 en 2 te bestellen, noch tot het lichten van de opties betreffende de loten 3 en 4”, maar dat hieruit geenszins blijkt dat op uitdrukkelijke wijze de mogelijkheid werd voorbehouden om die 6 identieke loten 1 op te nemen in een nieuwe opdracht.

Beoordeling

7.1. Artikel 18 van de voormelde wet van 24 december 1993 bepaalt:

“Het volgen van de procedure van aanbesteding, offerteaanvraag of via onderhandelingen houdt geen verplichting in tot het toewijzen van de opdracht. De aanbestedende overheid kan zowel afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op andere wijze. Wanneer de opdracht verschillende percelen betreft, heeft de aanbestedende overheid het recht er slechts enkele toe te wijzen en eventueel te besluiten de andere op te nemen in één of meer nieuwe opdrachten die desnoods op een andere wijze zullen worden gegund op voorwaarde dat zij zich dit recht uitdrukkelijk heeft voorbehouden in het bestek of de als zodanig geldende stukken”.

7.2. In de omschrijving van het voorwerp in het bestek is uitdrukkelijk vermeld:

“Infrabel verbindt er zich niet toe alle loten 1 en 2 te bestellen noch tot het lichten van de opties betreffende de loten 3 en 4”.

Aldus lijkt verwerende partij zich met toepassing van het aangehaalde artikel 18, tweede lid, wel degelijk het recht te hebben voorbehouden slechts bepaalde loten te gunnen en dus om, zoals te dezen is gebeurd, de opdracht stop te zetten voor de niet gegunde delen van loten 1 en voor de niet gegunde optionele loten. Het lijkt dat indien het recht om deze niet te gunnen wordt voorbehouden, zulks impliceert dat de betrokken loten voorwerp mogen zijn van een nieuwe opdracht.

7.3. Bijgevolg wordt niet aangetoond dat de bestreden beslissing - verzoekende partij blijkt nergens duidelijk onderscheid te maken tussen de onderdelen intrekking en stopzetting daarin - strijdig is met het ingeroepen

artikel 18, tweede lid, van de wet van 24 december 1993. Evenmin is dan aangetoond dat het zorgvuldigheidsbeginsel is geschonden, schending die enkel wordt afgeleid uit de beweerde schending van artikel 18 van de voormelde wet van 24 december 1993.

7.4. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

8. In een tweede middel roept verzoekende partij de schending in van “het rechtszekerheid[s]- en vertrouwensbeginsel in samenhang met het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

9.1. Zij vat het eerste onderdeel van dit middel als volgt samen:

“Eerste onderdeel

De wijze waarop de verwerende partij de gerechtvaardigde verwachting deed ontstaan dat zij de opdracht zou worden toegekend, om nadien op grond van argumenten die door de Raad van State in de schorsingsprocedure slechts marginaal werden getoetst, de beslissing in te trekken maakt een schending uit van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel.

Mede daardoor schendt de intrekking die kadert in een complex van rechtshandelingen die duiden op onzorgvuldig bestuur, zodat ook een schending voorligt van de zorgvuldigheidsplicht als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

9.2. In de uitwerking van dit middelonderdeel benadrukt zij dat verwerende partij op 22 december 2011 de beslissing nam om de opdracht inzake de levering van zes identieke loten 1 toe te kennen aan verzoekende partij. Daardoor is bij verzoekende partij uiteraard de gerechtvaardigde verwachting ontstaan dat de opdracht tot levering aan haar werd of minstens zal worden toegekend. Zij mag er bovendien redelijkerwijs op vertrouwen dat de beslissing van de aanbestedende overheid voortvloeit uit een procedure die correct is verlopen, en vooral ook dat de verwerende partij haar mening daaromtrent niet plots volledig zal omkeren. Zij had “in dat opzicht gerechtvaardigde bijkomende

redenen om in beginsel niet te twijfelen aan de regelmatigheid van de beslissing en het vertrouwen daaromtrent wat zij zonder twijfel leek te mogen beschouwen als een zorgvuldig optredende verwerende partij”. Met de bestreden beslissing wordt haar vertrouwen danig geschonden omdat verzoekende partij in haar voorstel van 10 november 2011 uitdrukkelijk de vraag stelde of het verloop van de onderhandelingsprocedure waarbij zij was betrokken wel degelijk correct en zorgvuldig was, vraag waarop niet rechtstreeks werd geantwoord maar onrechtstreeks via de gunningsbeslissing.

Verzoekende partij vervolgt:

“Indien de verwerende partij toen reeds van oordeel was geweest dat de procedure niet correct was verlopen dan had zij al op dat moment kunnen beslissen (op grond van artikel 18 Wet Overheidsopdrachten) om de gunningsprocedure stop te zetten. Dat heeft de verwerende partij niet gedaan. Dat betekent dan ook dat de verzoekende partij er rechtmatig mocht op vertrouwen dat de beslissing die werd genomen ook tot stand is gekomen uit een procedure die correct is verlopen en op zorgvuldige wijze werd opgevolgd door de verwerende partij”.

Door de bestreden beslissing verandert verwerende partij echter volledig van houding en trekt zij de beslissing van 22 december 2011 in, “en dat nét op basis van argumenten waaromtrent de verzoekende partij nochtans de hierboven vermelde pertinente vragen [bedoeld is in de brief van 10 november 2011] had gesteld”.

Verzoekende partij argumenteert voorts:

“Het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel wordt bovendien op zeer pijnlijke wijze geschonden, nu de verwerende partij haar hoofdargumentatie om de beslissing van 22 december 2011 toch in te trekken, baseert op het schorsingsarrest van 7 februari 2012, terwijl deze argumentatie net de vragen betrof van de verzoekende partij in haar schrijven van 10 november 2011. In haar samenvatting van dit arrest in de bestreden beslissing heeft de verwerende partij het onder meer over het volgende:

‘De bv de Meteor diende oorspronkelijk slechts een offerte in voor 2 loten 1, doch breidde haar oorspronkelijke offerte in de loop van de onderhandelingsprocedure en op eigen initiatief uit met 4 loten 1. Alle andere inschrijvers hadden evenwel reeds in hun initiële offerte prijs

gegeven voor 6 loten 1. De Raad van State oordeelde dat Infrabel door de nieuwe offerte van de bv De Meteor te aanvaarden na de uiterlijke termijn voor indiening van offertes zoals voorgeschreven door het bestek, gehandeld heeft in strijd met:

- het '*patere legem*' beginsel [...]
- de gelijke behandeling van de inschrijvers [...]

Door met andere woorden de bestreden beslissing nu te steunen op argumenten uit het arrest van 7 februari 2012 die net de vragen betroffen die al voordien werden gesteld door verzoekende partij in haar schrijven van 10 november 2011 wordt het rechtszekerheidsbeginsel geschonden”.

Verzoekende partij concludeert:

“Dat de verwerende partij nu wel van oordeel is dat deze argumenten wel zouden leiden tot de vaststelling dat de onderhandelingsprocedure niet correct is verlopen, terwijl zij naar aanleiding van het schrijven van 10 november 2011 niet deze mening was toegedaan, is natuurlijk een aantasting van het algemene vertrouwen dat zou moeten kunnen gesteld worden in een zorgvuldig en geenszins willekeurig optredend bestuur”.

10. Het tweede onderdeel van het middel wordt door verzoekende partij als volgt samengevat:

“Tweede onderdeel

Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel wordt in samenhang met het zorgvuldigheidsbeginsel bijkomend geschonden doordat ter rechtvaardiging van de bestreden beslissing wordt aangevoerd dat bij een nieuwe gunningsprocedure voordeliger voorwaarden zullen kunnen worden bekomen”.

Beoordeling

11. Krachtens het reeds geciteerde artikel 18, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 kan de aanbestedende overheid zowel afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze; zij heeft daarbij een aanzienlijke beleidsvrijheid, zij het dat zij daarbij niet willekeurig te werk mag gaan en dat die beslissing moet steunen op in feite en in rechte aanvaardbare motieven die de beslissing kunnen dragen.

12.1. Het eerste middelonderdeel lijkt in de eerste plaats het intrekkingbesluit te betreffen. Dit besluit steunt in essentie op het gewezen schorsingsarrest, arrest dat oordeelt dat voor verzoekende partij ten onrechte rekening werd gehouden met een offerte voor 6 loten 1 nu zij in de eerste offerte slechts inschreef voor 2 loten 1 en de onderhandelingsprocedure weliswaar toestond een offerte aan te passen maar niet om een offerte in te dienen voor loten waarvoor men initieel niet inschreef. Dit probleem van inschrijving door verzoekende partij op bijkomende loten 1 lijkt niet het voorwerp van de vraag van verzoekende partij in de voormelde brief van 10 november 2011, vraag die gaat over mogelijke wijzigingen van essentiële besteksbepalingen door verwerende partij. Het lijkt aldus enkel dat verwerende partij op snelle wijze realiseert wat bij ontstentenis van dergelijke intrekking een op het schorsingsarrest volgend eventueel annulatiearrest zou teweegbrengen.

De “gerechtvaardigde verwachting” waarop verzoekende partij haar argumentatie steunt, lijkt aldus niet voorhanden, en meteen is in de huidige stand van de procedure ook de schending niet aangetoond van de in het middel - overigens op zeer algemene wijze - vermelde beginselen.

12.2. In de mate dat het eerste middelonderdeel ook op het stopzettingsbesluit zou kunnen worden betrokken, en het motief daarvan, eventuele onduidelijkheden in het bestek te verbeteren, wordt niet ingezien waarom dit geen wettig motief voor stopzetting zou zijn.

Verzoekende partij toont dan ook niet aan op welke wijze de stopzettingsbeslissing nog schending kan inhouden van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, nu een deugdelijk motief voor de stopzetting voorhanden lijkt met het voormelde motief en de bestreden beslissing bijgevolg in overeenstemming lijkt met artikel 18, eerste lid, van de wet van 24 december 1993. In ieder geval blijkt ook niet *prima facie* waarom die beslissing het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel schendt alleen omdat verzoekende partij eerder al een vraag stelde over het verloop van de onderhandelingsprocedure en verwerende partij dan toch besliste tot gunning. Immers is het schorsingsarrest daarop gevolgd en verwerende partij mocht om die reden de gunningsbeslissing heroverwegen. Voorts stelt verzoekende partij in haar meer vermelde brief ook niet concreet dat

niet meer gegund mocht worden. Zij gaat er voorts aan voorbij dat door die stopzetting haar misschien opnieuw 6 loten 1 gegund kunnen worden terwijl dit zonder die stopzetting, gelet op het schorsingsarrest, niet mogelijk zou zijn en hoogstens mogelijk voor 2 loten 1.

13.1. Verzoekende partij acht in het tweede middelonderdeel het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel “bijkomend geschonden”, nu de “bestreden beslissing” ook gemotiveerd wordt door de bedoeling een nieuwe opdracht uit te schrijven om haar behoeften voor 2013 te dekken en in dat kader ook de 6 loten 1 opnieuw in mededinging te stellen en door het motief “gezien de kwantiteit van deze nieuwe aanbesteding zou Infrabel voordeliger prijzen kunnen onderhandelen” en dergelijk optreden van het bestuur in een procedure voor de Raad van State “steevast [leidt] tot de vaststelling dat de door de aanbestedende overheid in hoofde van de inschrijver gewekte, rechtmatige verwachtingen aanleiding geven tot de precontractuele aansprakelijkheid van de aanbestedende overheid. Dat is volgens uw Raad zelfs in het bijzonder het geval wanneer ter rechtvaardiging van een beslissing tot heraanbesteding wordt aangevoerd dat bij een nieuwe gunningsprocedure wellicht voordeliger voorwaarden zullen kunnen worden bekomen”.

Deze grief lijkt, anders overigens dan verwerende partij meent, niet beperkt tot het proberen aantonen van de mogelijke precontractuele aansprakelijkheid van verwerende partij. Uit het verzoekschrift blijkt voldoende duidelijk dat verzoekende partij hierdoor de bestreden beslissingen - intrekking en stopzetting - zelf ook onwettig acht.

13.2. Het onderdeel lijkt echter in elk geval niet ontvankelijk nu de verwijzing naar de mogelijkheid via de nieuwe opdracht betere prijzen te verkrijgen, slechts één van de motieven betreft en het andere motief - door de intrekking en stopzetting mogelijke onduidelijkheden in het bestek opvangen - de bestreden beslissingen op zich deugdelijk lijken te ondersteunen. Het motief van de mogelijkheid met de nieuwe opdracht betere prijzen te bekomen dient dan ook niet te worden onderzocht.

13.3. In de mate dat verzoekende partij nog uit het arrest nr. 43.420 van 22 juni 1993 inzake de nv Belgische Asfalt- en Betonmaatschappij afleidt dat een beslissing tot heraanbesteding niet gerechtvaardigd kan worden door de overweging dat bij heraanbesteding voordelige voorwaarden zouden kunnen bekomen worden, lijkt zij eraan voorbij te gaan dat de Raad van State in dit arrest overweegt dat het daar pas in de memorie van antwoord voor de heraanbesteding gegeven motief, de toewijzing van een opdracht tegen de meest voordelige voorwaarden, geen rechtsgeldig motief is want zo algemeen dat dit bij elke gunningsprocedure kan worden ingeroepen en de poort opent naar willekeur en misbruik, zoals concurrentievervalsing.

Te dezen is er echter het schorsingsarrest betreffende de gunning van 6 loten 1 aan verzoekende partij, de vaststelling dat er voldoende voorraad is, dat in 2013 een nieuwe opdracht zou worden uitgeschreven en dat men er de voorkeur aan geeft die loten in die opdracht op te nemen met de toevoeging dat door het grotere volume betere prijzen zouden kunnen worden bekomen, en is er de bepaling in het bestek dat verwerende partij er zich niet toe verbindt alle loten 1 en 2 te bestellen, noch tot het lichten van de opties.

14. De schending van het zorgvuldigheidsbeginsel steunt op de hiervoor reeds besproken en niet aanvaarde grieven en is bijgevolg evenmin ernstig.

15. Het tweede middel is bijgevolg in zijn geheel niet ernstig.

VII. Besluit

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

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 7 juni 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest, kamervoorzitter,
bijgestaan door

Bram Van Thillo, griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest