RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 223.341 van 2 mei 2013
in de zaak A. 208.390/XII-7313

In zake: de NV POSTELMANS-FREDERIX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Johan Vanmuysen
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Koningin Astridlaan 79
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF VOOR VASTGOEDBEHEER EN STADSPROJECTEN VESPA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Barteld Schutyser
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 maart 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "een beslissing van het Autonoom Gemeentebedrijf voor Vastgoedbeheer en Stadprojecten – Vespa (AG Vespa), […] dd. 11/03/2013, met betrekking tot een project 'Kattenberg 53-55', waarbij werd besloten de opdracht niet te gunnen nadat de nv Postelmans-Frederix werd uitgesloten omwille van de toepassing van de uitsluitingsgrond volgens artikel 17 § 2,4° van het KB dd. 08/01/1996".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 april 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Johan Vanmuysen, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Barteld Schutyser, die 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 schrijft een openbare aanbesteding uit voor een aanneming van werken "Nieuwbouw van een tweewoonst in de Kattenberg 53 – 55 te 2140 Borgerhout".

De geraamde waarde van de opdracht bedraagt 408.934,28 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De offertes worden geopend op 1 februari 2013. Verzoekende partij, die de laagste prijs voorstelde en de bvba Van Miert dienden elk een offerte in.

3.3. Het directiecomité van verwerende partij beslist –bij ongedateerde beslissing, volgens de nota van 11 maart 2013– om verzoekende partij "uit te sluiten op grond van artikel 17, §2, 4° van het Koninklijk Besluit betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten [en de concessies voor openbare werken] van 8 januari 1996, omwille van de in het bijgevoegd Gemotiveerd Gunningsverslag vermelde motieven".

In de "Argumentatie" wordt daarover eerder het volgende vermeld:

> "In het gunningsverslag van de architect, Architecten Broekx-Schiepers wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de inschrijver Van Miert bvba; in dit gemotiveerd gunningsverslag wordt tevens voorgesteld om de inschrijver Postelmans-Frederix nv op grond van artikel 17, §2, 4° van het Koninklijk Besluit betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten [en de concessies voor openbare werken] van 8 januari 1996 uit te sluiten. Ervan uitgaande dat het directiecomité beslist om de motivering uit voormeld gunningsverslag over te nemen en zich eigen maakt en deze bevestigt en dat de overwegingen in het gemotiveerd gunningsverslag aldus moeten worden beschouwd deel uit te maken van deze gunningsbeslissing, moet aannemer Postelmans-Frederix nv geweerd uit deze procedure".

Tegelijk wordt beslist om dit gunningsverslag aan verzoekende partij te bezorgen, voorts om de architect te vragen zijn gunningsverslag aan te passen in de zin dat de bvba Van Miert "moet geweerd worden omwille van een hoge totaalprijs die ver boven het ramingsbedrag ligt", om de werken niet te gunnen, om de architect te vragen besparende wijzigingen in het bestek door te voeren en om de Afdeling Bouw te vragen om het aangepaste dossier opnieuw aan te besteden.

Dit is de bestreden beslissing.

3.4. Met een aangetekend verzonden brief gedateerd op 14 maart 2013 maar blijkens de poststempel op de enveloppe en de door verzoekende partij voorgelegde uitprint van E-tracker door Bpost pas verzonden respectievelijk aangenomen in het netwerk op 18 maart 2013, deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat haar offerte niet werd "weerhouden" en dat de opdracht niet werd "toegewezen".

3.5. Op 29 maart 2013 dient verzoekende partij voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4.1. Verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering wegens het ontbreken van de vereiste uiteenzetting van feiten en ernstige middelen en bij gebrek aan belang.

4.2. De eerste exceptie faalt, aangezien hierna zal blijken dat in het inleidend verzoekschrift feitelijke gegevens worden aangebracht, in de argumentatie van verzoekende partij ook een middel kan worden gelezen en het verzoekschrift zich aldus tot beoordeling leent.

Voorts bestaat er vooralsnog geen noodzaak de tweede exceptie te onderzoeken en er uitspraak over te doen. Zulks 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

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.

Overeenkomstig artikel 65/31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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 enige middel

Uiteenzetting

6. Het verzoekschrift bevat onder "de middelen tot nietigverklaring" de volgende uiteenzetting:

> "De gunnende overheid (AG VESPA) beroept zich op artikel 17 § 2,4° van het KB van 08/01/1996, betreffende de overheidsopdrachten voor aannemingen van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.
>
> Voornoemd artikel bepaalt dat uitsluiting mogelijk is van de aannemer:
>
> > '4° die bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende overheden aannemelijk kunnen maken'.
>
> Dat voornoemde bepaling echter niet wordt gerespecteerd om volgende redenen:
>
> 1. De maatregel van ambtswege waarnaar men verwijst werd en wordt door verzoekster gecontesteerd. AG VESPA is hiervan trouwens zeer goed op de hoogte.
>
>   In een door verzoekster en partij AG VESPA verzoekschrift werd gesteld:
>
> > 'Eerste verzoekster (nv POSTELMANS - FREDERIX) is van oordeel dat ten onrechte werd overgegaan tot het nemen van een

ambtswege maatregel en maakt voorbehoud voor de schade die zij zal lijden'.

2. N.a.v. het deskundig onderzoek dat momenteel plaatsvindt werd door de raadsman van verzoekster geschreven aan de raadsman van AG VESPA, dat bij de nieuwe aanbesteding na de maatregel van ambtswege met het volgende dient rekening te worden gehouden:

> 'De vermelding dat het bundel over een maatregel van ambtswege is niet noodzakelijk. Zeker niet de aanduiding dat deze maatregel werd genomen 'wegens tal van nalatigheden en een gebrek aan verantwoordelijkheid'. Dit wordt trouwens door cliënte tegengesproken en is zelfs 'lasterlijk' te noemen.'

Hierop werd trouwens als volgt geantwoord:

> 'De verwijzing naar de nalatigheden en het gebrek aan verantwoordelijkheid van Postelmans - Frederix nv zal uit het aanbestedingsdossier worden weggelaten. Deze weglating houdt evenwel op geen enkele wijze een erkenning van cliënte in dat er geen nalatigheden of gebrek aan verantwoordelijkheid van Postelmans - Frederix nv voorhanden zouden zijn geweest'.

Het gaat niet op dat men de ene keer een verwijzing naar de fout weglaat, terwijl men anderzijds nu ervan uitgaat dat men mag verwijzen naar dezelfde beweerde fout als uitsluitingsgrond, quod non.

3. Verwijzen naar een beslissing, die gecontesteerd wordt, is het creëren van een mechanisme dat te vergelijken is met de louter 'potestatieve voorwaarden' in het burgerlijk wetboek.

Men stelt eigenlijk dat de 'ernstige fout' er is omdat men zelf voorhoudt dat ze er is.

Hierbij wordt evenzeer het zorgvuldigheidscriterium en de motiverings-verplichting geschonden".

Uit die uiteenzetting blijkt dat verzoekende partij haar uitsluiting, en dus ook de stopzettingsbeslissing, strijdig acht met artikel 17, § 2, eerste lid, 4°, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 'betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken', het zorgvuldigheidsbeginsel en de motiveringsplicht omdat de ernstige fout in de beroepsuitoefening wordt "gecontesteerd" en omdat verwerende partij de verwijzingen naar die fout wegliet

in het nieuwe bestek bij de voormelde ambtshalve maatregel.

Beoordeling

7. Verzoekende partij voert in haar verzoekschrift in de eerste plaats de schending aan van artikel 17, § 2, 4°, eerste lid, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996. Hierin wordt bepaald dat bij aanneming van werken de aanbestedende overheid de aannemer die bij zijn beroepsuitoefening een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende overheid aannemelijk kan maken, kan uitsluiten.

Te dezen steunt verwerende partij deze ernstige fout in de beroepsuitoefening op de tekortkomingen begaan in het kader van de uitvoering van de overheidsopdracht "Bouwen van een wijkkantoor voor de Lokale Politie Antwerpen (Referentie: 09 01 PRO Politiekantoor Statiestraat 44 Berchem)" formeel vastgesteld in een proces-verbaal van 20 september 2012 en die aanleiding gaven tot de beslissing van verwerende partij van 22 oktober 2012 tot het nemen van de ambtshalve maatregel van overeenkomst met een derde voor rekening van verzoekende partij.

8. In de huidige stand van het geding moet worden vastgesteld dat verzoekende partij in het verzoekschrift enkel concreet aanvoert dat deze maatregel van ambtswege wordt "gecontesteerd", dat de daartoe ingeroepen nalatigheden en gebrek aan verantwoordelijkheid "worden tegengesproken" en dat de houding van verwerende partij tegenstrijdig is nu zij de verwijzing naar nalatigheden heeft weggelaten in het bestek bij de ambtshalve maatregel, en verzoekende partij aldus niet aanvoert, laat staan concreet aantoont, dat verwerende partij op de betrokken grondslag verzoekende partij niet mocht uitsluiten in het kader van de voorliggende opdracht.

Verzoekende partij weerlegt in ieder geval niet concreet het bestaan van de nalatigheden die hebben geleid tot de voormelde ambtshalve maatregel, nalatigheden waarop haar uitsluiting te dezen steunt.

Haar enkele verwijzing naar het feit dat deze maatregel van ambtswege wordt "gecontesteerd" volstaat daartoe niet. Hierbij verwijst zij naar een opmerking in een verzoekschrift tot vrijwillige verschijning, maar dit lijkt niet meer dan een voorbehoud en dit verzoekschrift lijkt enkel te strekken tot het aanstellen van een gerechtsdeskundige met het oog op het opstellen van een beschrijving van de staat van de werken.

Verzoekende partij verwijst voorts naar de opmerkingen in een brief van 16 januari 2013 van haar raadsman bij het ontwerpdossier van de aanbesteding bij de ambtshalve maatregel "De vermelding dat het bundel over een maatregel van ambtswege is niet noodzakelijk. Zeker niet de aanduiding dat deze maatregel werd genomen 'wegens tal van nalatigheden en een gebrek aan verantwoordelijkheid'" en "Dit wordt trouwens door cliënte tegengesproken en is zelfs 'lasterlijk' te noemen". Zij merkt vervolgens op dat verwerende partij, in een brief van 1 februari 2013 van haar raadsman, akkoord ging om "De verwijzing naar de nalatigheden en het gebrek aan verantwoordelijkheid van Postelmans-Frederix nv" uit het aanbestedingsdossier bij die ambtshalve maatregel weg te laten. Zij toont daarmee echter evenmin aan waarom dit laatste tot gevolg zou hebben dat de daaropvolgende uitsluiting van verzoekende partij omdat die nalatigheden aangemerkt worden als een ernstige fout in de beroepsuitoefening strijdig is met voormeld artikel 17, § 2, eerste lid, 4°. In de mate dat zij dit tegenstrijdig acht, gaat zij eraan voorbij dat laatstgenoemde brief tegelijk vermeldt: "Deze weglating houdt evenwel op geen enkele wijze een erkenning van cliënte in dat er geen nalatigheden of gebrek aan verantwoordelijkheid van Postelmans-Frederix nv voorhanden zouden zijn geweest". In de mate dat verzoekende partij opmerkt dat deze nalatigheden en dit gebrek aan verantwoordelijkheid worden "tegengesproken", kan worden herhaald dat zij dit in het verzoekschrift niet concreet doet.

Het argument dat "verwijzen naar een beslissing, die gecontesteerd wordt, is het creëren van een mechanisme dat te vergelijken is met de louter 'potestatieve voorwaarden' in het burgerlijk wetboek. Men stelt eigenlijk dat de 'ernstige fout' er is omdat men zelf voorhoudt dat ze er is", valt met de voorgaande – afgewezen – argumentatie samen.

In de huidige stand van het geding wordt aldus niet aangetoond dat de bij de voormelde ambtshalve maatregel vastgestelde nalatigheden, waarop in de kwestieuze gunningsprocedure de uitsluiting van verzoekende partij steunt, door verwerende partij niet beschouwd mochten worden als een ernstige fout in de beroepsuitoefening die de uitsluiting voor voorliggende opdracht rechtvaardigt.

De schending van artikel 17, § 2, eerste lid, 4°, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 wordt dan ook niet aangetoond.

9. In de mate dat het zorgvuldigheidscriterium en de motiveringsverplichting – zoals verzoekende partij ter terechtzitting specificeert, daaronder verstaan de materiële motiveringsplicht –, om dezelfde reden geschonden worden geacht, namelijk omdat "het verwijzen naar een beslissing, die gecontesteerd wordt", gelijk zou staan aan "het creëren van een mechanisme dat te vergelijken is met de louter 'potestatieve voorwaarden' in het burgerlijk wetboek" en "men [...] eigenlijk [stelt] dat de 'ernstige fout' er is omdat men zelf voorhoudt dat ze er is", is het middel om dezelfde reden niet ernstig.

10. Aldus lijkt niet aangetoond dat de beslissing tot uitsluiting van verzoekende partij artikel 17, § 2, eerste lid, 4°, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, het zorgvuldigheidsbeginsel of de motiveringsplicht schendt en dus evenmin dat de beslissing tot stopzetting onwettig is. Deze onwettigheid wordt immers niet afzonderlijk toegelicht maar steunt op de beweerde onwettigheid van de uitsluiting van verzoekende partij.

VII. Besluit

11. Het enige middel is niet 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 2 mei 2013, 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**