

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 227.078 van 9 april 2014
in de zaak A. 211.948/XII-7626**

In zake: de BVBA SABBE BEDRIJF
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het GO! ONDERWIJS VAN DE VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Coen
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 210 A
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 maart 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het GO! Onderwijs van de Vlaamse Gemeenschap van onduidelijke datum (20 of 28 januari 2014), waarbij werd beslist om de overheidsopdracht voor aanneming van werken ‘Marke BS ‘Het Open Groene’ – Nieuwbouw polyvalente zaal, kleedkamers en administratie, incl. technieken’ ingevolge een open aanbesteding te gunnen aan de bvba Art Building Company [...] tegen het nagerekende en verbeterde inschrijvingsbedrag van € 685.637,29 excl. BTW of € 829.621,12 incl. BTW, waarbij werd beslist om de [bvba Sabbe Bedrijf] voor de voormelde opdracht ‘niet te selecteren’ om de reden: ‘Op het offerteformulier werd geen prijs ingevuld, bijgevolg is de offerte formeel onregelmatig (art. 81 a. KB

plaatsing 15/07/2011).’, en waarbij aldus ook (impliciet) werd beslist om de voormelde opdracht niet te gunnen aan de [bvba Sabbe Bedrijf]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 april 2014, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Christophe Coen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 verwerende partij schrijft een open aanbesteding uit voor de uitvoering van werken met als voorwerp “Marke BS ‘Het Open Groene’: nieuwbouw polyvalente zaal, kleedkamers en administratie, incl technieken”.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 737.918,71 euro, btw inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek nr. IRW//51-10/2013/007.

3.3. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 7 oktober 2013.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 14 november 2013. Er blijken vier offertes te zijn ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en de bvba Art Building Company (de gekozen inschrijver), in het proces-verbaal van opening vermeld zonder vennootschapsvorm.

3.5. In het gunningsverslag van 17 januari 2014 wordt aangegeven:

“3. Kwalitatieve selectie van de inschrijvingen.

[...] Besluit van de kwalitatieve selectie

Volgende inschrijvers zijn uitgesloten of hun inschrijvingen bevatten essentiële tekortkomingen en worden dus niet geselecteerd:

Naam

Sabbe bedrijf bvba

Motivering

‘Op het offerteformulier werd GEEN prijs ingevuld, bijgevolg is de offerte formeel onregelmatig (art.81 a. van het KB Plaatsing van 15/07/2011)’”.

Er wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de bvba Art Building Company.

3.6. Op 28 januari 2014 besluit de afgevaardigd bestuurder van de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de bvba Art Building Company. Dit is de bestreden gunningsbeslissing die verwijst naar het gunningsverslag, dat tot integraal deel van de beslissing wordt verklaard en waarvan de motivering en het besluit “geheel worden onderschreven”.

3.7. Bij een ter post aangetekende brief van 3 maart 2014 wordt de verzoekende partij op de hoogte gebracht van de bestreden gunningsbeslissing en haar “niet-selectie”.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 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 minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke

onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het enige middel

5. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 24 van de Wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, van artikel 58 §1 juncto artikelen 61 tot 66 en artikelen 67 tot 79 van het KB Plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 12 juli 2011, van artikel 95 van het KB Plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011, van de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van artikel 4, 8° en artikel 5, 8° en 9° van de Wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, van de materiële motiveringsplicht, van het zorgvuldigheidsbeginsel en van het redelijkheidsbeginsel”.

Eerste middelonderdeel

Standpunten van de partijen

6.1. De verzoekende partij betoogt in een eerste middelonderdeel dat hoewel zij voldeed aan alle selectiecriteria, zij volgens het gunningsverslag toch niet werd geselecteerd. Een beslissing tot niet-selectie kan niet zijn gesteund op een motivering die betrekking heeft op de regelmatigheid van de offerte zelf.

6.2. De verwerende partij stelt dat de verzoekende partij het begrip “niet geselecteerd” al te formalistisch interpreteert. De offerte van de verzoekende partij is formeel onregelmatig wegens een essentiële tekortkoming wegens het niet invullen van de prijs op het offerteformulier. Over de reden van wering kan geen

twijfel bestaan, waardoor de verzoekende partij zelfs geen belang heeft bij deze grief.

Beoordeling

6.3. Zoals de verzoekende partij terecht betoogt, blijkt uit het gunningsverslag (bladzijde 2) dat zij aan alle vereisten inzake documenten, attesten, uitsluitingscriteria, selectiecriteria betreffende economische en financiële draagkracht, technische bekwaamheid en erkenning van aannemers voldeed.

Nochtans is het “besluit van de kwalitatieve selectie” dat zij als inschrijver “niet geselecteerd” wordt. De daarvoor gegeven en hiervoor aangehaalde motivering betreft echter niet haar status als inschrijver, voorwerp van selectie, maar de status van haar offerte, die als “formeel onregelmatig” wordt aangemerkt.

Dergelijke interne contradictie van motieven lijkt een gebrek te zijn in de materiële motivering zodat het middelonderdeel dat de betrokken motiveringsverplichting geschonden acht, ernstig is en op zichzelf reeds de gevraagde schorsing kan verantwoorden.

De verwerende partij ontkent ten onrechte het belang van de verzoekende partij bij het middelonderdeel: een inschrijver als verzoekende partij heeft er belang bij zijn offerte volgens de regelgeving behandeld te zien, met de voorgeschreven scheiding tussen de selectie van de inschrijvers en de beoordeling en vergelijking van de offertes. De betrokken slordigheid in hoofde van de verwerende partij is overigens bevreemdend gelet op het gewicht van de opdracht en op het feit dat de verwerende partij het Gemeenschapsonderwijs is.

Tweede middelonderdeel

7. Wat betreft de beslissing tot de formele onregelmatigverklaring van de offerte, betoogt de verzoekende partij in een tweede middelonderdeel onder meer, dat het verzuim om het totale offertebedrag op het offerteformulier zelf te vermelden te dezen niet mocht worden beschouwd als een substantiële onregelmatigheid. De aangeboden totaalprijs was ingevuld op de samenvattende opmetingsstaat die behoorlijk is ondertekend. Bovendien werd die totaalprijs bij de opening van de offertes voorgelezen en werd geen opmerking in het proces-verbaal van opening opgenomen. Aldus blijkt dat de verwerende partij de aangeboden totaalprijs van de verzoekende partij perfect heeft kunnen vaststellen en afleiden uit de ondertekende samenvattende opmetingsstaat.

8. Hoewel ter terechtzitting bijgevallen in het mondeling advies van het auditoraat, behoeft dit middelonderdeel vooralsnog geen nader onderzoek. Indien de verwerende partij immers gevolg geeft aan de schorsing op grond van het eerste middelonderdeel, zal zij de gunningsprocedure dienen te herbeginnen zonder verwarring tussen selectie en beoordeling van de offertes en lijkt de Raad van State niet nu reeds te mogen anticiperen op de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij.

9. Het enige middel is in de aangegeven mate ernstig.

Impliciete weigeringsbeslissing

10. De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat bijzondere omstandigheden voorliggen die de Raad van State ertoe zouden moeten doen besluiten om reeds in een procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid eveneens de schorsing te bevelen van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigeringsbeslissing, de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen. Zulks klemmt des te meer, nu de offerte van de verzoekende partij nog niet

aan een aantal controles en een vergelijkende beoordeling met de andere offertes werd onderworpen.

In zoverre wordt de vordering dan ook verworpen.

VI. Rechtsplegingsvergoeding

11.1. De verzoekende partij vraagt de verwerende partij te veroordelen tot een rechtsplegingsvergoeding “ex artikel 30/1 gecoördineerde wetten op de Raad van State”.

11.2. Hoewel artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten, zoals ingevoegd bij artikel 11 van de wet van 20 januari 2014 ‘houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State’ krachtens artikel 39 van die wet “uiterlijk op 1 maart 2014” in werking is getreden, blijkt dat de Koning slechts uitvoering heeft gegeven aan artikel 30/1, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten bij het koninklijk besluit van 28 maart 2014 ‘betreffende de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973’ dat krachtens zijn artikel 9 in werking trad op 2 april 2014, datum van bekendmaking in het Belgisch Staatsblad, en van toepassing is “op iedere vordering tot schorsing of tot voorlopige maatregelen ingediend bij uiterst dringende noodzakelijkheid, te rekenen van die datum, en die geen bijkomende vordering vormt bij een vóór die datum ingediend beroep tot nietigverklaring, alsook op elke aanvraag, moeilijkheid en elk beroep, bedoeld in de artikelen 11, 12, 13, 14 en 16, 1^o tot 8^o, van de gecoördineerde wetten, ingediend te rekenen van die datum, en op de gelijktijdig dan wel later ingediende bijkomende vorderingen”.

Daaruit volgt dat, gelet op het temporeel toepassingsgebied van het voormeld koninklijk besluit van 28 maart 2014, het ingeroepen artikel 30/1 te dezen, meer bepaald op een vordering zoals de voorliggende, ingesteld op 18 maart 2014, dus vóór 2 april 2014, niet toepasbaar lijkt. De Raad van State mag aldus

geen uitspraak doen over de gevorderde rechtsplegingsvergoeding, los van de vraag of in geval van schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van een bestreden beslissing de Raad van State in de schorsingsprocedure reeds uitspraak moet doen over een gevorderde rechtsplegingsvergoeding.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 28 januari 2014 van het GO! Onderwijs van de Vlaamse Gemeenschap om de opdracht voor aanneming van werken “Marke BS ‘Het Open Groene’: nieuwbouw polyvalente zaal, kleedkamers en administratie, incl technieken” (bijzonder bestek nr. IRW//51-10/2013/007) te gunnen aan de bvba Art Building Company.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 april 2014, 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