

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 230.996 van 28 april 2015
in de zaak A. 215.434/XII-7852**

In zake: Kathelijn VAN LANDSCHOOT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Burssens
kantoor houdend te 9052 Gent
Bollebergen 2A bus 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Devers en John Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 1 april 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing tot gunning voor ‘Raamovereenkomst voor het leveren van groenten en fruit’, waarvan de aankondiging werd gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen op 7 oktober 2014 onder nummer 2014-522657 en in het Publicatieblad van de EU onder nummer 344247-2014-NL”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 april 2015, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Frederick Bruloot, die loco advocaat Frank Burssens verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat John Devers, 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 stad Gent schrijft een open aanbesteding uit voor de levering van groenten en fruit bij wijze van een raamovereenkomst met een looptijd van vier jaar.

De opdracht wordt geraamd op 468.960 euro, btw inbegrepen.

De aankondiging ervan wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 7 oktober 2014 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 10 oktober 2014.

3.2. De opening van de offertes vindt plaats op 27 november 2014. De verzoekende partij heeft geen offerte ingediend.

3.3. Bij telefonisch contact met de verwerende partij op 23 maart 2015 is de verzoekende partij blijkbaar meegedeeld dat de opdracht was gegund. Die gunningsbeslissing is de bestreden beslissing.

Bij faxbericht van 27 maart 2015 aan de verwerende partij laat de verzoekende partij weten dat haar telefonisch werd gemeld dat de standstill-periode zou eindigen op 31 maart 2015.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

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

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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 beslissing 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.

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 beslissing kan verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 190 van de Grondwet, van artikel 19 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van het artikel 40, § 1, en bijlage 7 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, en artikel 36 en Bijlage VII A van de Richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 van het Europees Parlement en de Raad ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’.

De verzoekende partij betoogt dat voormelde bepalingen werden geschonden “door noch in de aankondiging van opdracht in het Bulletin der Aanbestedingen, noch in de aankondiging van opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie, noch ergens anders, te voorzien in een raming van de opdracht, terwijl zulks kon en had moeten gebeuren daar het een substantiële vormvereiste betreft”.

Beoordeling

7. In het middel wordt niet omschreven op welke wijze artikel 190 van de Grondwet geschonden zou zijn. Ook voert de verzoekende partij een schending aan van artikel 36 en bijlage VII A van de Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’, maar zij betoogt niet dat de omzetting ervan onjuist of onvolledig zou

zijn. Slechts op de terechtzitting en daar voor het eerst tracht de verzoekende partij het middel uit te breiden met een argumentatie gesteund op een niet correcte omzetting van de voormelde Europeesrechtelijke normen. Aldus voert zij echter op niet-ontvankelijke wijze de schending ervan aan.

8. Artikel 19 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ luidt:

“Behoudens de in deze wet bepaalde uitzonderingen en onverminderd de Europese bekendmaking vanaf bepaalde bedragen, zijn de overheidsopdrachten onderworpen aan een passende bekendmaking waarvan de Koning de regels vastlegt.

De bekendmaking in het Bulletin der Aanbestedingen gebeurt kosteloos voorzover de gegevens on line worden ingevoerd door elektronische gegevensopvang of door gegevensoverdracht tussen systemen die een automatische en gestructureerde bekendmaking mogelijk maken”.

Artikel 40, § 1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ luidt:

“Iedere opdracht die zal worden geplaatst bij aanbesteding, offerteaanvraag, onderhandelingsprocedure met bekendmaking, vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking of concurrentiedialoog maakt het voorwerp uit van een aankondiging van opdracht bekendgemaakt overeenkomstig het model opgenomen in bijlage 7”.

9. Het ingeroepen artikel 40 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 is echter geplaatst onder afdeling 4 ‘Belgische bekendmaking’ van hoofdstuk 3 - ‘Bekendmaking’. Artikel 39 van het koninklijk besluit bepaalt ter zake:

“Deze afdeling is van toepassing op de opdrachten waarvan de geraamde waarde lager ligt dan de Europese drempels vermeld in artikel 32 en die onderworpen zijn aan de Belgische bekendmaking.

Onverminderd de toepassing van artikel 38 van dit besluit, is deze afdeling eveneens van toepassing op de opdrachten voor diensten die vallen onder bijlage II, B, van de wet, indien hun bedrag de drempel vermeld in artikel 32, eerste lid, 3°, en tweede lid, bereikt”.

Volgens de verzoekende partij zelf in haar verzoekschrift betreft de onderhavige zaak een open aanbesteding met Europese bekendmaking. De verzoekende partij verduidelijkt echter niet op welke wijze zij aldus de schending van artikel 40, §1, te dezen dienstig kan inroepen. Het lijkt echter wel zo dat in afdeling 3 - 'Europese bekendmaking' - van hoofdstuk 3 dat overeenkomstig artikel 34 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 op de opdracht van toepassing lijkt, artikel 37, § 1, bepaalt dat iedere opdracht die wordt geplaatst bij aanbesteding, offerteaanvraag, onderhandelingsprocedure met bekendmaking of concurrentiedialoog het voorwerp uitmaakt van een aankondiging van opdracht bekendgemaakt overeenkomstig het model opgenomen in bijlage 7. De enige ontvankelijke grief in het middel lijkt bijgevolg de schending van die bijlage.

10. Op het eerste gezicht kan echter niet worden aangenomen dat het niet invullen van de vakjes in het bekendmakingsmodel inzake de raming, dient te worden beschouwd als een schending van een substantieel vormvereiste met als gevolg de nietigheid van de daaropvolgende gunningsbeslissing. De mogelijkheid tot opname van een raming in het bekendmakingsmodel lijkt op het eerste gezicht niet te kunnen worden gelijkgesteld met een verplichting tot voorafgaande mededeling van de raming.

11. De voorgaande vaststellingen volstaan om het middel niet ernstig te bevinden.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en van "de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel".

Toegelicht wordt dat voormelde bepalingen en beginselen werden geschonden "door verzoekende partij niet op de hoogte te brengen van het feit dat er een aankondiging van opdracht tot raamovereenkomst voor het leveren

van groenten en fruit verzonden was naar het Bulletin der Aanbestedingen en het Publicatieblad van de Europese Unie, hoewel zulks kon en had moeten gebeuren”.

Beoordeling

13. Artikel 29, § 2, van het meer vermelde koninklijk besluit van 15 juli 2011 bepaalt:

“Voor de opdrachten die overeenkomstig dit besluit aan de bekendmaking onderworpen zijn, geldt enkel de aankondiging bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie en in het Bulletin der Aanbestedingen als een officiële bekendmaking. De inlichtingen vermeld op het internetadres waarvan sprake in artikel 40, § 2, laatste lid, gelden eveneens als officiële bekendmaking.

Geen andere bekendmaking of verspreiding mag plaatsvinden vóór de datum van verzending van de aankondiging voor bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie en in het Bulletin der Aanbestedingen. De bekendmaking of verspreiding mag geen andere inhoud hebben dan deze van de officiële bekendmaking”.

. In het verslag aan de Koning wordt inzake voormelde bepaling onder meer vastgesteld:

“Dit verbod heeft hoofdzakelijk betrekking op de elektronische en automatische verspreiding van de informatie vervat in de aankondiging naar geïnteresseerde personen en dit vóór de verzendingsdatum van de aankondiging. De bedoeling hiervan is te vermijden dat sommige inschrijvers op die manier een tijdsvoordeel zouden bekomen omdat zij vóór de bekendmaking op de hoogte zijn gebracht”.

De voormelde bepaling betreffende kennisgevingen lijkt te dezen niet toepasselijk, nu de verzoekende partij betoogt dat de verwerende partij onzorgvuldig heeft gehandeld door, niet vóór, doch ná de verzending van de aankondiging voor bekendmaking geen kennisgeving te hebben gestuurd naar de verzoekende partij, hetgeen volgens haar dan wel een verplichting *a contrario* zou zijn.

Het lijkt niet dat de verwerende partij in de concrete omstandigheden van de zaak met schending van het zorgvuldigheidsbeginsel heeft gehandeld door geen kennisgeving van de aankondiging in het Bulletin der Aanbestedingen en het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie te doen aan de verzoekende partij. Laatstgenoemde, zoals blijkt uit het verzoekschrift, lijkt op de hoogte te zijn geweest van de beëindiging van de raamovereenkomst gesloten na een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, na een periode van negen maanden, waarvan zijzelf stelt dat deze op 18 april 2015 eindigt. Dat de verzoekende partij in het kader van die procedure een uitnodiging om een offerte in te dienen, had ontvangen, kadert nu eenmaal in een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking die echter een uitzonderingsprocedure is. Het lijkt in de eerste plaats te behoren tot de taak van een normaal, voorzichtig en redelijk handelende leverancier die een nieuwe opdracht wenst te verkrijgen, om zich tijdig te vergewissen van de bekendmaking ervan teneinde regelmatig een offerte in te dienen.

14. Het lijkt in elk geval niet, omdat de verwerende partij eerder aan de verzoekende partij de opdracht voor de levering van groenten en fruit voor een periode van negen maanden had gegund, dat op grond van het vertrouwensbeginsel de verwerende partij er te dezen zou toe zijn verplicht geweest de nieuwe opdracht voor een periode van vier jaar te gunnen aan de verzoekende partij. Het is namelijk de verzoekende partij zelf die in de argumentatie van het eerste middel wijst op het gegeven dat de onderhavige opdracht “niet te vergelijken is” met de opdracht voor negen maanden. Er kan aldus moeilijk worden aangenomen dat er een rechtmatige verwachting zou kunnen zijn in hoofde van de verzoekende partij dat haar een volgens haar “niet te vergelijken” opdracht zou worden gegund. Het voorgaande volstaat om de ingeroepen schending van het vertrouwensbeginsel niet bij te vallen.

15. De verzoekende partij betoogt ten slotte dat de artikelen 10 en 11 van de Grondwet zijn geschonden omdat zij werd geconfronteerd met een open aanbesteding met Europese bekendmaking die voor alle inschrijvers gelijk was, terwijl deze handelwijze niet objectief kan worden gerechtvaardigd omdat in uitvoering van het zorgvuldigheidsbeginsel de verwerende partij melding moest doen van de kennisgeving.

Omdat hiervoor reeds werd vastgesteld dat door gebrek aan kennisgeving een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel niet voorhanden lijkt, faalt het uitgangspunt van de voormelde grief en wordt deze niet aangenomen.

16. Het middel is in zijn geheel niet ernstig.

VII. Besluit

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

VIII. Kosten

18. De vordering werd ingesteld met een enig verzoekschrift waarin ook de nietigverklaring van de bestreden beslissing werd gevorderd.

Het geding is aldus nog hangende, zodat er geen grond is om in de huidige stand van de procedure reeds uitspraak te doen over de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen. De kosten dienen aldus in beraad te worden gehouden.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 28 april 2015,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest