

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 237.321 van 9 februari 2017
in de zaak A. 221.230/XII-8299**

In zake: de BVBA HAEZEBROUCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Eddy Debusschere
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Rooseveltplein 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de nv HAVENBEDRIJF ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat France Vlassembrouck
kantoor houdend te 1200 Brussel
Neerveldstraat 101-103
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 16 januari 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit dd. 30 december 2016 van Havenbedrijf Antwerpen nv, waarbij de overheidsopdracht op basis van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking voor het plaatsen van weideafsluitingen met toebehoren langs diverse terreinen in de Antwerpse haven werd gegund aan vzw Natuur- en Landschapszorg”.

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 februari 2017, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Eddy Debusschere, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat France Vlassembrouck, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 beslist op 20 juli 2016 om een overheidsopdracht voor werken uit te schrijven voor het “[p]laatsen van weideafsluitingen met toebehoren langs diverse terreinen in de Antwerpse haven”. Er wordt gekozen voor een onderhandelingsprocedure met bekendmaking. Het gaat om een opdracht in de speciale sectoren.

3.2. De oproep tot deelneming wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 3 augustus 2016.

3.3. Op 22 augustus 2016 worden de aanvragen tot deelneming geopend. Er blijken acht kandidaturen te zijn ingediend. Op 15 november 2016 worden vier kandidaten geselecteerd, onder wie de verzoekende partij en de vzw Natuur- en Landschapszorg.

3.4. Aan de geselecteerde kandidaten wordt het bijzonder bestek bezorgd. Er is slechts één gunningscriterium, namelijk de prijs; de puntentoekenning gebeurt met de regel van drie.

Het bestek – randnummer 2.2.1 – vereist van de inschrijvers dat zij bij hun offerte onder meer een technische fiche voegen van de “hoge spankracht draad” die zij zullen gebruiken.

De technische bepalingen van het bestek – randnummer 3.2 – stellen de volgende vereisten aan deze draad:

c. Hoge spankracht rasterdraad t.b.v. weideafsluiting

De afsluiting bestaat uit een “hoge spankracht” rasterdraad met haaks op elkaar geplaatste draden. De bevestiging tussen de horizontale en verticale draad op de kruisingen is uitgevoerd met een knoop. Alle elementen hebben een corrosiewerende zink-aluminium-behandeling ondergaand. De diameter van zowel de horizontale als verticale draad bedraagt 2,50mm. De minimale treksterkte van de horizontale draad bedraagt 1200N/mm², die van de verticale minimum 750N/mm² en die van de knoopdraad minimum 400N/mm². De draad wordt aangeleverd in rollen van 50 of 100 lopende meter. De schapendraad dient tussen de drie trapjes ten noorden van de dijk te komen.

Maatvoering: . De schapendraad heeft een hoogte van 100 à 110 cm met verticale draden om de 15 cm. Onderaan heeft hij kleinere mazen (max. hoogte 10 cm) en bovenaan grotere (max. hoogte 20 cm).

Langs het trap en uitkijkpunt Stocatradijk heeft de schapendraad een hoogte van 90 à 100cm.

3.5. Op 19 december 2016 worden de offertes geopend. Drie inschrijvers hebben een offerte ingediend aan volgende bedragen, btw niet inbegrepen, namelijk de vzw Natuur- en Landschapszorg 177.398,30 euro, de bvba Haezebrouck 180.078,85 euro en de bvba Vandervelden 241.023,58 euro.

3.6. Op 30 december 2016 beslist de verwerende partij om de opdracht aan de vzw Natuur- en Landschapszorg te gunnen. In deze beslissing wordt vermeld dat de vzw Natuur- en Landschapszorg 100 punten krijgt, de bvba Haezebrouck 98,51 en de bvba Vandervelden 73,60.

Voorts is de beslissing als volgt gemotiveerd:

“De technische specificaties van de draad die in de offerte van Natuur en Landschapszorg opgenomen zijn, voldeed initieel niet aan de voorwaarden van het bestek.

Op 20/12/2016 bezorgde Natuur- en Landschapszorg een technische fiche van het materiaal dat gebruikt zal worden en dat wel voldoet aan de voorwaarden van het bestek.

Alle offertes werden regelmatig bevonden.”

IV. 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 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.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen 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 beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

5.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan van “de artikelen 21 § 1 en 95 van het KB van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren, [...] van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen, en [...] van de materiële motiveringsplicht, het transparantie-, het gelijkheids-, het mededingings- en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

Zij vat haar middel als volgt samen:

“Doordat de verwerende partij in de omstreden beslissing aangeeft dat enerzijds de technische specificaties van de draad die in de offerte van Natuur- en Landschapszorg vzw opgenomen waren initieel niet voldeden aan de voorwaarden v[a]n het bestek en er op 20/12/2016 een nieuwe technische fiche van het materiaal dat gebruikt zal worden werd bezorgd die wel voldeed aan de voorwaarden van het bestek en anderzijds stelde dat alle offertes regelmatig werden bevonden
Terwijl iedere aanbestedende overheid haar eigen bestekbepalingen dient na te leven en bijgevolg elke offerte die afwijkt van de dwingende technische specificaties dient af te wijzen en geenszins het voorwerp van een regularisatie kan laten uitmaken.”

In de toelichting bij het middel benadrukt de verzoekende partij dat bij een opdracht voor het “plaatsen van weideafsluitingen met toebehoren langs diverse terreinen in de Antwerpse haven” het evident is dat de technische vereisten van de te gebruiken draad een essentiële en dwingende technische specificatie vormen. Bijgevolg was de offerte van de gekozen inschrijver substantieel onregelmatig en dus nietig. Een dergelijke offerte mag niet worden geregulariseerd door de inschrijver toe te laten een gewijzigde technische fiche te bezorgen.

5.1.2. In haar nota betwist de verwerende partij in de eerste plaats de ontvankelijkheid van het enig middel aan de hand van vier excepties.

In een vierde exceptie doet de verwerende partij gelden dat de verzoekende partij zelf heeft nagelaten om enige technische fiche bij haar offerte te voegen. Er blijkt volgens de verwerende partij niet welk belang de verzoekende partij heeft bij een middel dat ertoe zou leiden dat de verwerende partij niet enkel de offerte van de gekozen inschrijver maar ook deze van de verzoekende partij had moeten weren.

Ten gronde betwist de verwerende partij de ernst van het middel.

Beoordeling

6.2.1. De Raad van State mag in een kort geding en *a fortiori* in een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts een beperkt onderzoek wijden aan ontvankelijkheidsexcepties. Een verzoekende partij kan er zich immers minder behoorlijk tegen in bescherming nemen dan in de procedure ten gronde. Daarom past het dat dergelijke excepties in een kort geding eerder worden verworpen dan aanvaard, tenzij indien een beperkt onderzoek zou uitwijzen dat ze reeds *prima facie* een hoge graad van ernst vertonen.

6.2.2. Bij de offerte van de verzoekende partij zoals die door de verwerende partij bij het administratief dossier werd gevoegd, blijkt reeds op het eerste gezicht inderdaad geen enkele van de door het bestek vereiste technische fiches te zijn gevoegd, hetgeen de verzoekende partij ter terechtzitting niet ontkent.

De offerte van de gekozen inschrijver blijkt daarentegen wel degelijk de door het bestek vereiste technische fiches te bevatten doch, zoals de verwerende partij erkent in haar verweer op het enig middel, gaat het wat de “hoge spankracht draad” betreft om een technische fiche die qua diameter en trekkracht afwijkt van de technische bepalingen van het bestek. De verwerende partij betwist niet dat zij na de opening van de offertes een andere technische fiche heeft opgevraagd bij de gekozen inschrijver en deze aldus de kans heeft geboden zijn offerte in regel te stellen, welke handelwijze door de verzoekende partij in dit middel aan de kaak wordt gesteld.

In de gunningsbeslissing stelt de verwerende partij vast: “Alle offertes werden regelmatig bevonden”.

6.2.3. De exceptie van de verwerende partij waarbij het belang van de verzoekende partij bij haar middel wordt ontzegd, vertoont hier op het eerste gezicht de vereiste hoge graad van ernst om de volgende redenen.

Indien het middel ernstig zou worden bevonden, zou dit – wil het een nuttig effect voor de verzoekende partij hebben en haar tot voordeel strekken – ertoe leiden dat bij het nemen van een nieuwe gunningsbeslissing de verwerende partij de offerte van de gekozen inschrijver dient te weren omwille van een substantiële onregelmatigheid, nu diens initiële offerte niet bleek overeen te stemmen met de essentiële technische bepalingen van het bestek en niet na opening van de offertes mocht worden geregulariseerd door nog een andere technische fiche toe te voegen.

Alsdan zou de offerte van de verzoekende partij, die als tweede werd gerangschikt, door de verwerende partij voor gunning in aanmerking moeten worden genomen. Zoals vastgesteld blijkt de offerte van de verzoekende partij evenwel geen enkele technische fiche te bevatten. Aldus kan ook van deze offerte bij de opening van de offertes niet worden vastgesteld of zij wel degelijk overeenstemt met de essentiële technische bepalingen van het bestek. Bijgevolg lijkt het erop dat in dat geval evenzeer tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij zou moeten worden besloten, waardoor de opdracht evenmin aan haar zou kunnen toekomen.

Bovendien lijkt het enig middel reeds op het eerste gezicht niet tot de vaststelling te kunnen leiden dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig had kunnen worden gegund. Immers laat het middel in elk geval de offerte onverlet van de als derde gerangschikte inschrijver. Ook vanuit deze hypothese ontbreekt het de verzoekende partij dus *prima facie* aan het rechtens vereiste belang bij het enig middel.

Slotsom is dan ook dat een schorsing van de bestreden beslissing op grond van de grief aangevoerd in het enig middel aldus reeds op het eerste

gezicht geen nuttig effect voor de verzoekende partij oplevert en de verzoekende partij dan ook geen belang heeft bij haar enig middel. Aangezien het om een enig middel gaat, is de vordering zelf dan ook onontvankelijk.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen. De verzoekende partij dient te worden verwezen zowel in de kosten van de vordering als in de niet-betwiste rechtsplegingsvergoeding van 700 euro die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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 een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 februari 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Pierre Barra