

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 244.890 van 20 juni 2019
in de zaak A. 228.250/XII-8745**

In zake: de NV DELVAUX BRANDSTOFFEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stefaan Van der Velpen
kantoor houdend te 3290 Diest
C. Neyskenslaan 118
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE KORTENAKEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Thomas Beelen
kantoor houdend te 3000 Leuven
Justus Lipsiusstraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 31 mei 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van de Gemeente Kortenaeken dd. 13 mei 2019 houdende niet-gunning aan [de nv Delvaux Brandstoffen] voor het leveren van mazout voor alle gemeentelijke gebouwen tijdens dienstjaren 2019-2021”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 juni 2019, om 11.00 uur.

XII-8745-1/10

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stefaan Van der Velpen, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Thomas Beelen, 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 schrijft een overheidsopdracht uit voor het “leveren van mazout voor alle gemeentelijke gebouwen tijdens dienstjaren 2019-2021”. De opdracht wordt geplaatst met een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

De opdracht wordt geraamd op 114.000 euro, btw inbegrepen. De prijs, uitgedrukt in een korting op de officiële maximum dagprijs, is het enige gunningscriterium.

3.2. Er worden drie ondernemingen aangeschreven om een offerte in te dienen. Twee ondernemingen dienen een offerte in: de verzoekende partij en de bvba Hognoul.

De verzoekende partij biedt een korting per liter aan van 0,0506 euro, btw inbegrepen, de bvba Hognoul een korting van 0,0430 euro, btw niet inbegrepen.

3.3. Op 27 maart 2019 wordt een eerste gunningsverslag opgesteld. In dit gunningsverslag wordt voor de verzoekende partij een korting per liter van 0,0506 euro vermeld en voor de bvba Hognoul een korting van 0,0430 euro. De

verzoekende partij wordt als eerste gerangschikt. Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de verzoekende partij.

Op 1 april 2019 beslist de verwerende partij onder verwijzing naar het gunningsverslag van 27 maart 2019, om de opdracht te gunnen aan de verzoekende partij.

Met een aangetekende brief van 10 april 2019 gaat de verwerende partij over tot het sluiten van de opdracht met de verzoekende partij.

3.4. Alsdan stelt de verwerende partij vast dat zij in het gunningsverslag van 27 maart 2019 ten onrechte een prijs inclusief btw heeft vergeleken met een prijs exclusief btw. Op 7 mei 2019 wordt een tweede gunningsverslag opgesteld waarin deze materiële vergissing wordt rechtgezet. Er blijkt dat de bvba Hognoul met een korting van 0,0520 euro, btw inbegrepen, per liter, de laagste prijs heeft ingediend. Er wordt dan ook voorgesteld om de opdracht aan deze inschrijver te gunnen.

Op 13 mei 2019 beslist de verwerende partij om de gunningsbeslissing van 1 april 2019 in te trekken, het nieuwe gunningsverslag goed te keuren en de opdracht te gunnen aan de bvba Hognoul. Dit is de bestreden beslissing.

Met een aangetekende brief van 15 mei 2019 gaat de verwerende partij over tot het sluiten van de opdracht met de bvba Hognoul.

Eveneens met aangetekende brief van 15 mei 2019 geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij dat zij niet gekozen is.

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, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: wet rechtsbescherming) 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 de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert de schending aan “van de wet en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

In wat een eerste middelonderdeel lijkt, betoogt de verzoekende partij dat de offerte van de gekozen inschrijver niet werd opgemaakt op het daartoe bestemde formulier. Heel wat gegevens ontbreken in de offerte van de gekozen inschrijver.

Er kan volgens de verzoekende partij worden getwijfeld aan de waarachtigheid van de datum van de offerte van de gekozen inschrijver; er is volgens haar geknoeid met de datumstempel aangebracht door de gemeentelijke administratie; de offerte zou, zo suggereert, dateren van na 20 maart 2019.

De verzoekende partij wijst erop dat de offerte van de gekozen inschrijver gericht werd aan het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij in de plaats van aan het hoofd van de technische dienst.

De verzoekende partij besluit dat de verwerende partij om al deze redenen had moeten besluiten tot de onregelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver.

In wat een tweede middelonderdeel lijkt, werpt de verzoekende partij op dat in het uittreksel uit de notulen van het college van burgemeester en schepenen van 1 april 2019 haar kortingsbedrag werd doorgehaald met zwarte stift.

Daarnaast doet de verzoekende partij gelden dat de verwerende partij artikel 8, § 1, van de wet rechtsbescherming schendt doordat zij geen kennis heeft gegeven aan de bvba Hognoul van de beslissing van 1 april 2019 tot niet-gunning aan deze bvba.

Beoordeling

6.1. Wat het eerste middelonderdeel betreft, voert de verzoekende partij een aantal elementen aan die volgens haar tot de onregelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver zouden leiden.

In artikel I.6 van het bestek wordt echter vermeld dat, indien een inschrijver geen gebruik maakt van het bij het bestek gevoegde formulier en dus

een ander document gebruikt, zoals hier het geval is met de gekozen inschrijver, deze de volle verantwoordelijkheid draagt voor dit gebruik. Aldus is het geen gebruik maken van het bij het bestek voorziene offerteformulier niet op straffe van onregelmatigheid voorgeschreven.

Voorts doet de verwerende partij in de nota terecht gelden dat de diverse gegevens die volgens de verzoekende partij zouden ontbreken in de offerte van de gekozen inschrijver, niet op straffe van onregelmatigheid worden vereist in het bestek of met een eenvoudige opzoeking kunnen worden teruggevonden, dan wel bij de betrokken inschrijver kunnen worden opgevraagd, zonder daardoor de gelijkheid van de offertes in het gedrang te brengen. Dit wordt ter terechtzitting niet door de verzoekende partij weersproken. De verwerende partij betoogt niet ten onrechte dat, gelet op de aard van de betrokken gegevens het bovendien hoogstens over niet-substantiële onregelmatigheden lijkt te gaan.

De verzoekende partij maakt gewag van “geknoei” met de datumstempel voor ontvangst van de offerte van de gekozen inschrijver. Zij formuleert daarbij echter geen betichting van valsheid en uit de aangebrachte datum lijkt te mogen worden afgeleid dat de offerte in elk geval vóór 20 maart 2019, uiterste indieningsdatum, werd ingediend.

Dat de offerte was gericht aan het college van burgemeester en schepenen en niet aan de technische dienst, lijkt zonder belang aangezien de offerte tijds is ingediend en is terechtgekomen bij de juiste gemeentedienst.

6.2. Wat het tweede middelonderdeel betreft, lijkt de verzoekende partij geen belang te hebben bij de kritiek dat haar prijs onleesbaar is gemaakt op de gunningsbeslissing van 1 april 2019 of dat deze beslissing niet is medegedeeld aan de bvba Hognoul.

6.3. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

7. De verzoekende partij voert de schending aan “van de motiveringsplicht en schending van de wet”.

Zij wijst erop dat in de kennisgevingsbrief van 15 mei 2019 werd meegedeeld dat de eerste gunningsbeslissing op een materiële vergissing berust. Dit volstaat volgens haar niet als motivering. Het uittreksel uit de notulen van het college van burgemeester en schepenen van 17 mei 2019 waarin deze materiële vergissing wordt uiteengezet, werd haar niet ter kennis gebracht. Bovendien is die motivering foutief aangezien er nazicht is gebeurd voor de gunning, zodat er geen sprake kan zijn van een materiële vergissing.

Voorts doet de verzoekende partij gelden dat artikel 8, § 1, van de wet rechtsbescherming werd geschonden doordat de motieven voor haar “niet-selectie” haar niet werden meegedeeld.

Beoordeling

8. De verzoekende partij lijkt hier een gebrek aan de kennisgevingsplicht in hoofde van de verwerende partij aan te klagen. Dergelijk gebrek tast in beginsel de wettigheid van de bestreden beslissing, waarin wel een formele motivering inzake de materiële vergissing is opgenomen, niet aan.

Voorts lijkt de kwestieuze opdracht de Europese drempel niet te bereiken zodat hier artikel 29/1 van de wet rechtsbescherming van toepassing lijkt en niet artikel 8, § 1, van die wet. De verwerende partij lijkt dit artikel 29/1 te hebben nageleefd.

Dat een materiële vergissing uitgesloten zou zijn gelet op een nazicht voor de gunning, lijkt een verkeerde aanname.

Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

9. De verzoekende partij voert de schending aan van de zorgvuldigheidsplicht. Zij doet gelden dat de wet nergens voorziet in een tweede nazicht na toekenning van de gunning. De opdracht werd aan haar initieel gegund. Het besluit van de verwerende partij is bindend en zij kan hier niet eenzijdig op terugkomen. Er blijkt niet dat er enig bezwaar werd ingediend tegen de gunningsbeslissing.

Beoordeling

10. In wezen stelt de verzoekende partij hier de vraag naar de mogelijkheid tot intrekking van de gunningsbeslissing van 1 april 2019.

Te dezen mag worden volstaan met erop te wijzen dat een administratieve rechtshandeling die rechten heeft doen ontstaan – zoals te dezen de gunningsbeslissing van 1 april 2019 – in beginsel slechts mag worden ingetrokken indien de onregelmatigheid van de beslissing kan worden aangetoond en de intrekking plaatsvindt binnen de termijn van zestig dagen voor het instellen van een annulatieberoep bij de Raad van State of, eventueel vóór het sluiten van het debat indien een dergelijk beroep effectief werd ingesteld. Te dezen is de intrekking gebeurd binnen de voormelde termijn van zestig dagen en blijkt de ingetrokken gunningsbeslissing behept met een materiële fout, namelijk de niet correcte lezing van het bod van de bvba Hognoul waardoor deze als indiener van de economisch meest voordelige offerte, naast de gunning grijpt, wat een onwettigheid, namelijk de schending van artikel 81 van de wet 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, lijkt uit te maken.

Het middel is niet ernstig.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

11. De verzoekende partij voert de schending aan van het vertrouwensbeginsel. Zij wijst erop dat de opdracht aan haar werd gegund. De uitvoering van de overeenkomst werd aangevat. De verzoekende partij mocht er rechtmatig op vertrouwen dat de opdracht aan haar was gegund. Het is op grond van dit vertrouwen dat de verzoekende partij heeft geïnvesteerd om de opdracht onder de gestelde voorwaarden te kunnen uitvoeren.

Beoordeling

12. De omstandigheid dat de overeenkomst op grond van de gunningsbeslissing van 1 april 2019 reeds werd gesloten met de verzoekende partij, lijkt geen afbreuk te doen aan de mogelijkheid voor de verwerende partij over te gaan tot de intrekking van deze onwettige beslissing, die een van de overeenkomst afsplitsbare rechtshandeling is. Voorts lijkt de Raad zonder rechtsmacht om deze overeenkomst naar uitvoering en met de gevolgen naar investeringen van de verzoekende partij, bij zijn beoordeling te betrekken.

Het middel is niet ernstig.

VI. Besluit

13. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen. Het is passend, gelet op het enig verzoekschrift dat ook een beroep tot nietigverklaring bevat en het daardoor nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 20 juni 2019,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra