

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 248.168 van 24 augustus 2020
in de zaak A. 231.387/XII-8936**

In zake: de BVBA RDR INFRA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Thomas Eyskens en Simon Claes
kantoor houdend te 1000 Brussel
Bischoffsheimlaan 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

1. de CV SYNDUCTIS
2. de CV FLUVIUS SYSTEM OPERATOR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Gitte Laenen en Sven Frankard
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op [28] juli 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit dd. 15 juli 2020 waarbij Synductis de offerte van RDR Infra voor Perceel 1 als onregelmatig verwerpt en de offerte van RDR Infra niet in aanmerking neemt voor de vergelijkende evaluatie”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 augustus 2020, om 11.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Thomas Eyskens, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Sven Frankard, die tevens *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos 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 partijen hebben geen nota noch administratief dossier ingediend.

De feiten hierna worden samengevat op grond van het verzoekschrift en de daarbij behorende stukken.

3.2. De cv Synductis schrijft in naam en voor rekening van haar vennoten, waaronder de cv Fluvius System Operator, een overheidsopdracht uit voor de aannemingen van werken inzake “ondergrondse leidingen”.

De plaatsingsprocedure is een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging.

3.3. Op de opdracht is het bestek SYN19AW003 van toepassing.

Procedureel voorziet het bestek in de volgende stappen:

“De aanbesteder kan in elke fase van de gunningsprocedure besluiten om bepaalde inschrijvers niet verder mee te nemen naar een volgende stap. De inschrijver zal hiervoor geen recht op schadevergoeding hebben.

Deze beslissing houdt, behoudens een andersluidende kennisgeving aan de betrokken inschrijver, geen definitieve beslissing in hoofde van de aanbesteder in.

De aanbesteder kan op elk ogenblik beslissen om bepaalde inschrijvers opnieuw in de procedure te betrekken en hiermee verdere onderhandelingen te voeren.

De aanbesteder kan eveneens in elke stap van de gunningsprocedure schriftelijk bijkomende inlichtingen en informatie opvragen. De inschrijvers dienen deze vragen om verduidelijking of bijkomende informatie te beantwoorden binnen de drie werkdagen of binnen een andere door de aanbesteder opgegeven termijn.

Volgende stappen worden achtereenvolgens voorzien in de planning voor de onderhandelingsfase:

(a) Eerste beoordelingsronde

De ingediende offertes worden door de aanbesteder tijdens een eerste beoordelingsronde getoetst op hun regelmatigheid, volledigheid en conformiteit.

(b) Opstellen shortlist inschrijvers

In een volgende fase kunnen deze offertes in een onderlinge vergelijking getoetst worden aan alle verwerpings- en gunningscriteria en gerangschikt worden in afnemende orde volgens hun score op de gunningscriteria en dit, indien van toepassing, per perceel. Tijdens dit proces kan een shortlist van inschrijvers worden opgesteld en worden de nodige afspraken gemaakt om de onderhandelingen te starten. Indien een maximum wordt bepaald zal dit meegegeven worden in het onderhavig document.

(c) Onderhandelingen

De onderhandelingen zullen aanvangen met de inschrijvers uit de shortlist van hierboven.

Indien geen shortlist wordt opgesteld, kan onderhandeld worden met inschrijvers in zoverre hun offerte regelmatig is.

(...)

Op elk moment tijdens de onderhandelingsfase behoudt de aanbesteder zich het recht voor om volgens de bepalingen in het bestek inschrijvers bij non-conformiteit of onregelmatigheid te verwerpen en andere inschrijvers terug in de onderhandelingen op te nemen.”

3.4. Na geselecteerd en daartoe uitgenodigd te zijn, dient de verzoekende partij een offerte in, waarvan de indiening wordt bevestigd bij e-mailbericht van 25 maart 2020.

Het navolgend e-mailverkeer met verzoek tot bijkomende informatie gaat telkens uit van de dienst “aankoop aannemers” van de tweede verwerende partij.

Bij e-mailbericht van 21 april 2020 wordt aangekondigd dat de onderhandelingen vanaf half mei zullen worden opgestart, waarna dan een tweede offerte zal worden gevraagd.

De verzoekende partij dient haar BAFO in op 8 juli 2020.

Per e-mailbericht van 9 juli 2020 wordt gemeld dat de raad van bestuur van Synductis op 28 augustus 2020 zal doorgaan en er geen informatie of communicatie met betrekking tot de gunning vóór die datum moet worden verwacht.

3.5. Met een aangetekend schrijven van 15 juli 2020 vanwege de “aankoper-leidend ambtenaar” van de tweede verwerende partij, wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte, wat perceel 1 van de opdracht betreft, onregelmatig wordt verklaard:

“In toepassing van de regelgeving betreffende de gunning en sluiting van overheidsopdrachten en, onder meer, in het bijzonder artikel 8 van de Wet van 17/06/2013, zoals gewijzigd, delen wij u mee dat wij uw offerte dd. 9/07/2020 onregelmatig verklaren, met betrekking tot volgende percelen:

° Perceel 1

Na een grondige studie van uw offerte, stellen wij vast dat de inhoud en structuur van uw offerte niet in overeenstemming is met het bestek en bijgevolg beantwoordt aan de omschrijving van het substantieel verwerpingscriterium, dat in punt 2.1.1.2 van ons bestek wordt omschreven.

Onder andere, maar niet limitatief, is:

- De beschrijving van de cases ontoereikend. Ze bevatten enkel een plan en geen korte oplijsting van de verschillende taken die noodzakelijk zijn om de opdracht tot een goed einde te brengen
- Het plan van aanpak focust voornamelijk op het aanleggedeelte en is onvoldoende uitgewerkt met betrekking tot de planning, opvolging deadlines over de werven heen, eveneens ontbreekt een duidelijk organigram van de organisatie
- De kostenberekening op jaarbasis is bepaald door middel van 60% van de jaarrekening te nemen en de verschuiving van de helft van het personeel. Hiermee is niet aangetoond dat het nodige personeel voor de uitvoering van deze opdracht correct in de kosten is meegenomen. Onder andere is het onduidelijk hoeveel personen bovenop de uitvoerende ploegen ingezet zullen worden om de nodige planning, opvolging van deadlines, administratie over de werven heen te doen.

- De berekende dagkost van 4607, 82 euro/dag om hiermee de coëfficiënten in het offerteformulier te onderbouwen is niet eenduidig gelinkt met de kostenberekening op jaarbasis. De jaarlijkse totale kost van 1.364.489, 32 euro delen door 4607, 82 zou leiden tot 296 werkende dagen. Hieruit leiden we af dat de aangeboden prijzen niet de volledige kosten dekken en bijgevolg tot een verlieslatende overeenkomst leiden.

We nemen uw offerte dan ook niet in aanmerking voor een vergelijkende evaluatie.

...”.

In dit schrijven wordt tevens gewezen op de verhaalmogelijkheden “conform artikels 11 en 15 van de wet van 17/6/2013”.

Dit is de thans bestreden beslissing.

3.6. Bij een aangetekend schrijven van 6 augustus 2020 bezorgt de ondertekenaar van de kennisgeving van 15 juli 2020 een “addendum” aan de verzoekende partij, waarvan de inhoud luidt als volgt:

“Geachte heer,

In navolging van ons eerdere schrijven d.d. 15/07/2020 laten wij u volgende rechtzetting bij dit schrijven geworden dat ons in de gelegenheid stelt om de correcte toedracht van het eerst vermelde schrijven toe te lichten.

Het schrijven d.d. 15/07/2020 kan geenszins beschouwd worden als (de kennisgeving van) een formele (gunnings)beslissing. Dergelijke beslissing van het daartoe bevoegde orgaan ligt immers heden nog niet voor.

De inhoud van het schrijven betrof dan ook louter een intern advies aan het bevoegde orgaan.

Een ongelukkige redactionele vergissing heeft ertoe moeten leiden dat u onbedoeld reeds de verhaalprocedures uit de Rechtsbeschermingswet werden medegedeeld. Wij wensen onze oprechte excuses aan te bieden voor de mogelijks ontstane verwarring en het daarmee gepaard gaande ongemak.

Onderhavige plaatsingsprocedure blijft uiteraard onverkort onderworpen aan de bepalingen van de Rechtsbeschermingswet. De respectievelijke verhaaltermijnen zullen dan ook pas hun ingang kennen na het nemen van de formele gunningsbeslissing en de ermee gepaard gaande kennisgeving. Na de autonome en formele beslissing van het bevoegde orgaan zal u aldus in kennis worden gesteld overeenkomstig de modaliteiten en voorschriften uit de Rechtsbeschermingswet”.

3.7. Bij aangetekend schrijven en e-mailbericht van 6 augustus 2020 deelt de raadsman van de verwerende partijen aan de Raad van State het volgende mee:

“De door de verzoekende partij ingeroepen bestreden beslissing houdt [...] geen formele rechtshandeling in, doch maakt een loutere informele kennisgeving uit. Er ligt aldus geen aanvechtbare administratieve rechtshandeling voor.

De verzoekende partij werd hiervan inmiddels per aangetekend schrijven en per e-mail in kennis gesteld. Een kopie van deze kennisgevingen wordt U als bijlage bij dit schrijven overgemaakt”.

3.8. Met een e-mailbericht van 10 augustus 2020 aan de Raad van State, repliceert de raadsman van de verzoekende partij als volgt:

“Met verbazing heeft cliënt kennis genomen van het standpunt van verwerende partij, dat eigenlijk neerkomt op een ‘denaturalisatie post factum’ van de bestreden akte, in een poging om een schorsingsarrest te voorkomen. Wat als een manifest onwettige beslissing is meegedeeld, wordt later voorgesteld als een advies. Dit gaat uiteraard niet op, al is het maar omdat de handelswijze van verzoekende partij neerkomt op het post factum toevoegen van een motivering aan de bestreden akte.

In ieder geval dringt verzoekende partij aan op een veroordeling van de verwerende partij tot de rolrechten en de gevorderde RPV, en dit onmiddellijk in het arrest dat uitspraak doet over de gevorderde schorsing. Verwerende partij betwist dit ook niet.”

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. De inhoud van het voormelde aangetekende schrijven van 15 juli 2020 dat de verzoekende partij bij haar verzoekschrift voegt, wekt minstens de schijn dat een eenzijdige beslissing is genomen aangaande de (on)regelmaticheid van haar offerte. Volgens de verwerende partijen heeft de litigieuze kennisgeving echter slechts betrekking op een “intern advies aan het bevoegde orgaan” en werd nog geen formele (gunnings)beslissing genomen.

5. Uit de stukken van het dossier meegedeeld door de verzoekende partij en zoals bevestigd door de verwerende partijen ter terechtzitting blijkt dat een beslissing van de raad van bestuur van de eerste verwerende partij over de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij nog zal worden genomen.

Aan de voornoemde kennisgeving lijkt bijgevolg vooralsnog nog geen uitvoerbare en aanvechtbare beslissing van het bevoegde orgaan ten grondslag te liggen. Een beroep tot nietigverklaring van die akte zou voorbarig zijn en niet-ontvankelijk, de voorliggende vordering tot schorsing is dat dienvolgens ook.

6. Minstens lijkt uit “het addendum” van 6 augustus 2020 te moeten worden afgeleid dat de “beslissing” tot onregelmatigverklaring, waarvan kennis werd gegeven bij aangetekende brief van 15 juli 2020, in elk geval geen uitwerking meer lijkt te hebben en het geen rechtsgevolgen meer kan teweegbrengen.

Bovendien heeft een schorsingsarrest slechts uitwerking voor de toekomst.

7. De vordering is niet-ontvankelijk.

V. Kosten

8. De verwerende partijen hebben de verzoekende partij misleid door de wijze waarop de brief van 15 juli 2020 is geredigeerd: er is sprake van het “onregelmatig verklaren” van de offerte van de verzoekende partij en er is een verwijzing naar een mogelijk beroep tot schorsing wegens uiterst dringende noodzakelijkheid conform artikel 15 van de rechtsbeschermingswet. Die vermeldingen konden de verzoekende partij niet zonder reden het bestaan van een uitvoerbare beslissing doen vermoeden.

In die omstandigheden past het de kosten van de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid, met inbegrip van de basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro, ten laste te leggen van de verwerende partijen, elk voor de helft.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verwerende partijen worden, elk voor de helft, verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vierentwintig augustus tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Patricia De Somere