RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 67.515 van 14 juli 1997
in de zaak A. 74.885/IV-16.681.

In zake : 1. de n.v. STRUKTON DE MEYER,
2. de n.v. BOUWBEDRIJF FLORE,
die woonplaats kiezen bij
Advocaat D. MATTHYS,
kantoor houdende te Gent,
Apostelhuizen 26 R

tegen :

de v.z.w. PENSIOENFONDS van de stad Antwerpen en van het Openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn van Antwerpen.

Tussenkomende partijen:

1. de n.v. BOUWONDERNEMING VOORUITZICHT
2. de n.v. ABEB,
die woonplaats kiezen bij
Advocaat C. DE WOLF,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Tervurenlaan 268 A.

De Wnd. VOORZITTER van de IVe VAKANTIEKAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de n.v. STRUKTON DE MEYER en de n.v. BOUWBEDRIJF FLORE, samen vormend de tijdelijke vereniging STRUKTON-FLORE, op 7 juli 1997 hebben ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van "een beslissing van onbekende datum, vermoedelijk op 2 juli 1997 getroffen door het bevoegd orgaan van de v.z.w. Pensioenfonds van de Stad Antwerpen en van het O.C.M.W. Antwerpen (...) waarbij naar aanleiding van een procedure van algemene offerteaanvraag onder de vorm van een wedstrijd met betrekking tot de ontwikkeling van het project Meistraat-Hopland-Kolvenierstraat te Antwerpen met integratie van de Hogeschool Provincie Antwerpen (HPA) beslist wordt de volledige opdracht toe te wijzen aan de ’naamloze ven-

nootschap naar Belgisch recht in oprichting LAND VAN HOP’ en waarbij dienvolgens impliciet doch zeker beslist wordt deze opdracht niet toe te wijzen aan verzoeksters";

Gelet op de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, inzonderheid op de artikelen 17 en 18;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 8 juli 1997 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 10 juli 1997 om 9.30 uur;

Gehoord het verslag van Staatsraad A. VANDENDRIESSCHE;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat D. MATTHYS, die verschijnt voor de verzoekende partijen, van Advocaat D. PALMAERS, die verschijnt voor de verwerende partij en van Advocaat C. DE WOLF, die verschijnt voor de tussenkomende partijen;

Gehoord het eensluidend advies van Adjunct-auditeur L. VERMEIRE, daartoe gemachtigd bij beslissing van de Auditeur-generaal van 27 mei 1997;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat de n.v. BOUWONDERNEMING VOORUITZICHT en de n.v. ABEB met een ter terechtzitting neergelegd verzoekschrift vragen om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij erop wijzen dat zij de toekomstige aandeelhouders zijn van de n.v. in oprichting LAND VAN HOP;

1. Overwegende dat, met het oog op de realisatie van de in een "projectdocument" van 15 januari 1997 opgenomen doelstelling om in de binnenstad van Antwerpen een geïntegreerd stedelijk concept te realiseren met commerciële vestigingen, met wooneenheden en met de integratie van nieuwe gebouwen voor de Hogeschool Provincie Antwerpen (HPA) die een vloeroppervlakte van ongeveer 14.000 m² beslaat, de v.z.w. PENSIOENFONDS van de Stad Antwerpen en van het Openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn van Antwerpen met "het bijzonder bestek nr. 962556 : Ontwikkeling Meistraat-Hopland-Kolveniersstraat & Integratie Hogeschool Provincie Antwerpen (HPA)" een algemene offerteaanvraag onder de vorm van een wedstrijd uitgeschreven heeft; dat dit bijzonder bestek, onder rubriek 400, de inschrijver verplicht rekening te houden met een "planning der werken conform tijdsschema in bijlage A", dat rubriek 930 bepaalt dat "wat betreft het onderdeel HPA, dit deelproject dient beëindigd te zijn vóór 30 juni 1999" en dat "het overige deel van het project dient beëindigd te zijn voor 30 juni van het jaar 2000"; dat onder meer de verzoekende partijen en de tussenkomende partijen, die zich daarbij aandienden als "naamloze vennootschap naar Belgisch recht in oprichting" met als aandeelhouders de n.v. BOUWONDERNEMING VOORUITZICHT en de n.v. ABEB voor wie telkens één bestuurder ondertekende, een inschrijving hebben gedaan; dat de verzoekende partijen voorhouden dat "een jury (...) tot de bevinding is gekomen dat voor wat betreft het onderdeel van de oprichting van de HPA het voorstel van verzoeksters als het meest gunstige dient te worden aanzien", dat "op

26.6.1997 de bestendige deputatie van de provincieraad der provincie Antwerpen deze keuze (zou) hebben bekrachtigd" en dat zij op 1 juli 1997 toelichting hebben gegeven bij hun inschrijving; dat de v.z.w. PENSIOENFONDS in een brief van 3 juli 1997 aan de verzoekende partijen en aan de n.v. LAND VAN HOP medegedeeld heeft wat volgt :

> "Na onderzoek en rijp beraad heeft de raad van beheer van onze vereniging heden beslist de voorkeur te geven aan het voorstel dat werd ingediend door Het Land van Hop.
>
> Vandaag nog wordt deze beslissing overgemaakt aan het provinciebestuur van Antwerpen en het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen, enerzijds voor het te nemen engagement ten opzichte van de bouw van de hogeschool, anderzijds voor wat betreft de implicaties voor het ter beschikking stellen van de grondstukken.
>
> De raad van beheer wenst u te danken voor de betoonde interesse en de inspanningen die geleverd werden voor het indienen van uw project";

dat de verzoekende partijen de schorsing vorderen van de in die mededeling vervatte beslissing;

2.1. Overwegende dat de verwerende partij nagelaten heeft de beslissing van de raad van beheer, naar welke haar brief van 3 juli 1997 verwijst, voor te leggen; dat het door haar voorgelegde administratief dossier trouwens niets anders omvat dan de inschrijving van de verzoekende partijen; dat de debatten ter terechtzitting derhalve gevoerd zijn met inachtneming van de stukken die door de verzoekende en de tussenkomende partijen overgemaakt zijn;

2.2. Overwegende dat de verwerende partij tijdens de openbare terechtzitting weliswaar, nadat alle partijen in hun uiteenzetting zijn gehoord en na schorsing van de terechtzitting teneinde het bevoegde lid van het auditoraat in staat te stellen zijn advies voor te bereiden, aangeboden heeft een volledig administratief dossier neer te leggen; dat die houding van de verweren-

de partij evenwel niet kan ingepast worden in het voorschrift van artikel 16, vijfde lid, van het koninklijk besluit van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in kortgeding voor de Raad van State dat een verwerende partij, teneinde de debatten deugdelijk te kunnen voeren, ertoe verplicht het administratief dossier neer te leggen vooraleer de verzoekende partij haar stelling uiteenzet; dat de handelwijze van de verwerende partij zich ook niet verdraagt met de inquisitoriale procedure zoals die ook in geval van hoogdringendheid geldt en dat de verzoekende partijen zich verzetten tegen een vrijwillig uitstel van behandeling van de zaak; dat in die omstandigheden de Raad van State ertoe genoopt wordt de zaak af te doen met inachtneming van de gegevens die de partijen kenden op het ogenblik dat de debatten ter terechtzitting gevoerd zijn;

3.1. Overwegende dat het verweer van de v.z.w. PENSIOENFONDS beperkt is tot het aanvoeren van een exceptie van onontvankelijkheid doordat de verzoekende partijen niet het vereiste belang zouden hebben bij het indienen van de onderhavige vordering, vooreerst omdat de brief van 3 juli 1997 "geenszins een gunning (inhoudt) van de opdracht aan HET LAND VAN HOP doch enkel een beslissing om ’de voorkeur te geven aan het voorstel dat werd ingediend’ door deze inschrijver", omdat de gunningsbeslissing nog afhankelijk is van het ter beschikking stellen van de gronden en omdat een gunningsbeslissing slechts een definitief karakter krijgt door de betekening van de opdracht, vervolgens omdat de inschrijving van de verzoekende partijen zelf onregelmatig is vermits zij, in strijd met artikel 15, § 1, van de algemene aannemingsvoorwaarden, gewag maakt van betaling door middel van voorschotten terwijl dit een onregelmatigheid betreft die "van dezelfde aard" is als een van de onregelmatigheden die de verzoekende partijen

aan de inschrijving van de tussenkomende partijen verwijt;

3.2. Overwegende dat de tussenkomende partijen opwerpen dat, indien -zoals de verwerende partij stelt- de brief van 3 juli 1997 niet als de kennisgeving van een beslissing over de toewijzing kan worden gezien en er dus nog geen eindbeslissing genomen is, het verzoek tot schorsing als zijnde gericht tegen een voorbereidende handeling niet ontvankelijk is; dat zij vervolgens aanvoeren dat de verwerende partij een privaatrechtelijke vereniging is, dat zij prima facie dus niet als een administratieve overheid kan worden bestempeld zodat de vraag rijst of de Raad van State wel bevoegd is om kennis te nemen van de vordering;

3.3.1. Overwegende dat de termen van de brief van 3 juli 1997 van de verwerende partij niet anders kunnen begrepen worden dan dat haar raad van beheer besloten heeft de inschrijving van de tussenkomende partijen te aanvaarden en die van de verzoekende partijen te weren; dat de nog te nemen beslissingen met betrekking tot de bouw van de hogeschool en het ter beschikking stellen van de gronden kaderen in de uitvoering van het project dat door de raad van beheer met de thans bestreden beslissing aangenomen is en dus geen voorwaarde kunnen zijn voor een geldige totstandkoming van de toewijzingsbeslissing; dat de omstandigheid dat de gunningsbeslissing nog niet zou betekend zijn op de wijze vereist voor de totstandkoming van het contract niet belet dat de beslissing om de inschrijving van de tussenkomende partijen te aanvaarden een eindbeslissing is die aan het wettigheidstoezicht van de Raad van State kan worden voorgelegd;

3.3.2. Overwegende dat de omstandigheid dat de bestreden beslissing uitgaat van een orgaan dat de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon aangenomen heeft niet automatisch tot gevolg heeft dat de Raad van State onbevoegd zou zijn om van de zaak kennis te nemen; dat de exceptie van de tussenkomende partijen reeds om die reden verworpen moet worden; dat voor het overige, hoewel de dossiers van de partijen geen gegevens bevatten die de Raad van State toelaten formeel vast te stellen dat de bestreden beslissing kadert in een aan de verwerende partij toevertrouwde opdracht van algemeen belang, het in de huidige stand van de rechtspleging volstaat vast te stellen dat de bestreden beslissing wat het gedeelte HPA betreft geënt is op bevoegdheden van de provincie Antwerpen en dat de gehele opdracht betrekking heeft op, zoals de verzoekende partijen het noemen, de "adequate bestemming" van gronden toebehorend aan de stad Antwerpen; dat de Raad van State derhalve op dit ogenblik geen reden ziet om zijn bevoegdheid af te wijzen;

3.3.3. Overwegende, wat betreft de exceptie van de verwerende partij betreffende het gemis aan belang wegens onregelmatigheid van de eigen inschrijving van de verzoekende partijen, dat de verzoekende partijen in hun inschrijving bedongen hebben dat de opdrachtgever drie forfaitaire betalingen zou doen voorafgaand aan de betaling volgens maandelijkse vorderingsstaten vanaf de aanvang van de werken, met name een bedrag van 1.200.000 BEF "bij toewijzing van de opdracht", 6.000.000 BEF "bij indiening van de bouwaanvraag" en 13.500.000 BEF "bij aanvang der werken"; dat evenwel de Raad van State in de huidige stand van het dossier moet vaststellen dat de verwerende partij het bewijs niet voorlegt dat zij die aan de verzoekende partijen verweten onregelmatigheid in aanmerking heeft genomen bij het nemen van de bestreden beslissing, dat meer bepaald zij niet aantoont dat de inschrijving van de verzoekende

partijen om die reden verworpen is; dat de verwerende partij ook niet aantoont dat de inschrijving van de verzoekende partijen in geen geval aanvaard kon worden; dat in die omstandigheden aan de verzoekende partijen het belang bij de vordering niet kan worden ontzegd;

3.3.4. Overwegende dat in de huidige stand van de rechtspleging alle excepties verworpen worden;

4. Overwegende dat, opdat de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid zou kunnen bevelen een verzoekende partij het bestaan van een ernstig middel moet aantonen en dat zij aannemelijk moet maken dat de beslissing haar een moeilijk te herstellen ernstig nadeel berokkent en dat dit nadeel dermate imminent is dat een uitspraak met inachtneming van de gewone rechtspleging inzake het kort geding te laat zal komen om de realisatie van het nadeel te voorkomen;

5.1. Overwegende, wat de voorwaarde van de hoogdringendheid betreft, dat de verzoekende partijen uiteenzetten dat een schorsing volgens de gewone procedure duidelijk te laat zou kunnen komen omdat het bestek "een zeer stringente tijdsplanning" bepaalt voor de uitvoering van de werken waarbij onder meer het indienen van een bouwaanvraag wordt geplaatst "medio augustus 1997, met een verhoopte vergunning onmiddellijk nadien zodat de bouwwerken kunnen worden opgestart per 1.01.1998"; dat zij in het kader van die planning tijdverlies "volstrekt onaanvaardbaar" achten omdat zij na een gewoon schorsingsarrest "niet meer tijdig op de noden van de offerte (zal) kunnen inspelen";

Overwegende dat, wat het moeilijk te herstellen ernstig nadeel betreft, de verzoekende partijen wijzen op de omvang van de aanbesteding -de aannemingssom voor de gebouwen van HPA is nagenoeg een

half miljard BEF-, op de investeringen die daarvoor moeten gebeuren en op het zeer grote prestige dat ermee verbonden is; dat zij uiteenzetten dat zij een "bijzonder grote kans op toewijzing" hadden, dat het teloorgaan van die kans doordat de bestreden beslissing onmiddellijk ten uitvoer wordt gelegd door hen als een echte blaam wordt ervaren terwijl de schorsing van de beslissing preventief optreden toelaat doordat zij het bestuur kan aanzetten tot een heroverweging van zijn beslissing;

5.2. Overwegende dat de tussenkomende partijen antwoorden dat de verzoekende partijen geen concrete gegevens voorleggen die het moeilijk te herstellen ernstig nadeel aantonen, dat het nadeel niet enkel financieel mag zijn en dat zelfs in dat geval moet aangetoond worden dat de leefbaarheid van de onderneming bedreigd wordt; dat zij ten aanzien van de aangevoerde hoogdringendheid stellen dat de Raad van State te dezen diligent kan optreden en dat, indien "tegen half september 1997" een arrest volgens de gewone schorsingsprocedure wordt geveld, de verzoekende partijen "nog ruimschoots de tijd hebben" om een bouwvergunning te krijgen voor de werken die op 1 januari 1998 moeten aanvangen;

5.3. Overwegende dat de verzoekende partijen beogen door middel van de schorsing het bestuur ertoe te bewegen zijn beslissing te heroverwegen; dat hun uiteindelijk doel erin bestaat de opdracht alsnog zelf toegewezen te krijgen; dat ter terechtzitting gebleken is dat de verwerende partij de bestreden beslissing nog niet ter kennis van de tussenkomende partijen gebracht heeft op de wijze die volgens de artikelen 46, §1 en 36 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, het gunnen van de opdracht inhoudt; dat de verzoekende partijen derhalve terecht voorhouden dat een spoedig optreden een adequaat rechts-

herstel mogelijk maakt, mogelijks zelfs nog vooraleer een burgerrechtelijk contract tot stand komt; dat de uiteenzetting van de verzoekende partijen omtrent het moeilijk te herstellen ernstig nadeel voldoende elementen bevat om op de vordering in te gaan;

6.1. Overwegende dat de verzoekende partijen bij de uiteenzetting van hun middelen er voorafgaandelijk op wijzen dat zij alleen maar weet hebben van het bestaan van een toewijzingsbeslissing, dat zij de toewijzingsbeslissing zelf dus niet kennen, zodat zij ook de "eventuele motivering" van de toewijzingsbeslissing niet kennen en dat zij daarom een voorbehoud formuleren om na inzage van het administratief dossier bijkomende middelen te ontwikkelen, waarbij zij dan inzonderheid "denken (...) aan de motiveringsplicht";

6.2. Overwegende dat de verwerende partij de toewijzingsbeslissing niet overgelegd heeft; dat haar uiteenzetting ter terechtzitting ook niet toelaat een beeld te krijgen van de inhoud van die beslissing; dat de verzoekende partijen niet het slachtoffer mogen worden van de nalatigheid van de verwerende partij en dat de Raad van State daaraan de hand kan houden door vast te stellen dat, nu de verwerende partij op geen enkele wijze tegemoet gekomen is aan de in het middel geformuleerde vraag van de verzoekende partijen om haar in kennis te stellen van de redenen die aan de bestreden beslissing ten grondslag liggen, het voorwaardelijk geformuleerd middel dat de verwerende partij de op haar rustende motiveringsplicht miskend heeft, ernstig is;

7.1. Overwegende dat de verzoekende partijen als vijfde onderdeel van het middel waarin zij uiteenzetten waarom zij de inschrijving van de tussenkomende partijen onregelmatig vinden en waarin zij de schending aanvoeren van de artikelen 14 tot 25, §1, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsop-

drachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten betogen dat de tussenkomende partijen "een uitdrukkelijk voorbehoud in de inschrijving (hebben) opgenomen" ten aanzien van de termijn voorgeschreven "voor de bouw van de woningen en commerciële entiteiten na de grondoverdracht"; dat zij daar tegenover stellen dat zijzelf bij het indienen van hun inschrijving strikt de opgelegde planning gerespecteerd hebben zodat "op dat onderdeel een ongelijke vergelijkingsbasis is gehanteerd geworden";

7.2. Overwegende dat de tussenkomende partijen opmerken dat zij bij hun inschrijving als bijlage L een uitvoeringsplanning hebben gevoegd, dat die bijlage een "omstandig uitgetekende overzichtsplanning" van de timing der werken bevat voor zowel het gedeelte van het ontwerp dat betrekking heeft op de gebouwen van de hogeschool als het gedeelte dat betrekking heeft op de bouw van woningen en commerciële entiteiten en dat zij daarmee binnen de vereisten van het bestek gebleven zijn dat twee verschillende termijnen voor de afwerking van de twee deelprojecten vooropstelt, met name het HPA-project vóór 30 juni 1999 en de rest van het project één jaar later; dat zij uiteenzetten dat zij weliswaar bij die bijlage een document gevoegd hebben waarin de bemerking gemaakt is dat zij zich het recht voorbehouden de uitvoering van het tweede deel van het project in functie van de commercialisatie en verkoop eventueel te verlengen tot 30 juni 2002, maar dat, ondanks het ongelukkig gebruik van de term "voorbehoud" in die bemerking, het gebruik van de term "eventueel" erop wijst dat zij er zich hoe dan ook toe verbonden hebben de termijnen bepaald in het bestek na te leven;

7.3.1. Overwegende dat het bestek in het hoofdstuk "Aanvang en duur van de werken" (post 900) bepaalt :

"Het project zal dienen te verlopen overeenkomstig de termijnen bepaald in bijlage A.
Wat betreft het onderdeel HPA, dit deelproject dient beëindigd te zijn vóór 30 juni 1999.
Het overige deel van het project dient beëindigd te zijn voor 30 juni van het jaar 2000";

dat de bijlage A een schematisch voorgestelde timing bevat voor de uitvoering van de verschillende werkzaamheden aan de twee deelprojecten, rekening houdend met de beide limietdata van 30 juni 1999 en 30 juni 2002; dat naar luid van post 1000 van het ontwerp de niet-naleving van de termijnen, zowel wat het deelproject HPA betreft (post 1010) als wat de rest van het project betreft (post 1020) het overschrijden van de gestelde termijnen onmiddellijk aanleiding geeft tot het betalen van boetes en andere dwangmaatregelen;

Overwegende dat de tussenkomende partijen in hun inschrijving de bijlage L bij het model van inschrijvingsdocument (genaamd "uitvoeringsplanning conform aan planning in bijlage A") opgesplitst hebben; dat de bijlage L1 een schematisch overzicht geeft van de timing der verschillende werkzaamheden en dat in dat schema de oplevering van het schoolgebouw voorzien is tegen einde juni 1999 en de oplevering van de andere gebouwen tegen einde juni 2000; dat evenwel die bijlage L1 de uitdrukkelijke vermelding bevat: "aan te vullen met bijlage L2" en dat in deze bijlage, onder het opschrift "opmerkingen betreffende uitvoeringsplanning" wordt uiteengezet :

"- voor het projectonderdeel HPA wordt de uitvoeringsplanning stipt en conform gerespecteerd.
- voor het bouwen van de woningen/appartementen wensen wij ons het recht voor te behouden de uitvoering eventueel te verlengen in functie van de commercialisatie/verkoop.
In ieder geval zullen de werken voor dit projectonderdeel opgeleverd zijn per 30 juni 2002";

7.3.2. Overwegende dat de tussenkomende partijen daarmee een voorbehoud formuleren dat een afwijking

inhoudt van de strikte termijn van uitvoering van de opdracht zoals die in het bestek is vastgesteld;

Overwegende dat, in acht genomen de karige gegevens waarover de debatten gevoerd zijn kunnen worden, de Raad van State zich niet genoodzaakt ziet uitspraak te doen over de vraag of de onregelmatigheid die de tussenkomende partijen hebben begaan van die aard is dat zij als afwijking van een essentiële bestekbepaling de inschrijving met een substantiële onregelmatigheid behept en haar nietig maakt; dat immers, in de hypothese dat het bestuur geplaatst werd voor een relatieve onregelmatigheid, de verwerende partij slechts over die onregelmatigheid kon heenstappen mits het daarvoor kon steunen op deugdelijke gronden; dat dienaangaande de verwerende partij op geen enkele wijze aantoont dat zij redenen had om de uitvoeringstermijn van het tweede deel van de opdracht niet als een essentiële bepaling van het bestek te beschouwen en dat het voorbehoud dat de tussenkomende partijen terzake geformuleerd hebben de gelijkheid onder de inschrijvers niet heeft verstoord; dat het middel ernstig is;

8. Overwegende dat de verzoekende partijen formeel ook de schorsing vorderen van de in de toewijzing aan de tussenkomende partijen besloten beslissing om de opdracht niet aan hen te gunnen; dat evenwel, de discretionaire bevoegdheid van de verwerende partij in acht genomen, die vordering geen gevolgen kan hebben die verder reiken dan wat de verzoekende partijen kunnen bekomen met de vordering tot schorsing van de expliciete toewijzingsbeslissing,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de n.v. BOUWONDERNEMING VOORUITZICHT en van de n.v. ABEB in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de v.z.w. PENSIOENFONDS waarbij de opdracht met betrekking tot de ontwikkeling van het project Meistraat-Hopland-Kolvenierssstraat te Antwerpen wordt toegewezen aan de n.v. in oprichting "LAND VAN HOP".

Artikel 3.

De beslissing over de kosten wordt aangehouden.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op veertien juli 1900 zevenennegentig, door :

de H. A. VANDENDRIESSCHE, wnd. kamervoorzitter, staatsraad,
Mevr. A. WIJNANTS, griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

A. WIJNANTS. **A. VANDENDRIESSCHE.**