

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 76.093 van 5 oktober 1998
in de zaak A. 80.347/XII-1591.**

In zake : de n.v. OMNIPLAY,
die woonplaats kiest bij
Advocaat C. DE WOLF,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Tervurenlaan 268 A

tegen :

1. het Brussels Hoofdstedelijk Gewest,
vertegenwoordigd door de Minister van
Leefmilieu,
2. het Brussels Instituut voor
Milieubeheer,
die woonplaats kiezen bij
Advocaten D. D'HOOGHE en N. CAHEN,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Henri Wafelaertsstraat 47-51, bus 1

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de
n.v. OMNIPLAY op 21 september 1998 heeft ingediend om
bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van
de tenuitvoerlegging te vorderen van het besluit genomen
op 7 september 1998 door de Minister van Leefmilieu van
het Brussels Hoofdstedelijk Gewest om af te zien van de
gunning van de opdracht met betrekking tot het leveren
en plaatsen van speeltuigen in het gewestelijk park
"La Rosée", opgestart overeenkomstig het bijzonder
bestek P.2026, en het daarbij nagestreefde sociaal
oogmerk te herdefiniëren, in overeenstemming met de aard
en het belang van de opdracht;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 23 september
1998 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op
29 september 1998 om 10.30 uur;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter
J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat
C. DE WOLF, die verschijnt voor de verzoekende partij,
en van Advocaat D. D'HOOOGHE, die verschijnt voor de
verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur
J. STEVENS;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI,
hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State,
gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak
kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. Op 9 juli 1998 worden zes kandidaten aange-
schreven met vraag uiterlijk op 31 juli 1998 een offerte
in te dienen. De te gunnen overheidsopdracht betreft het
leveren en plaatsen van speeltuigen binnen het raam van
de heraanleg van het regionaal park "La Rosée".

1.2. Verzoekster verneemt naar eigen zeggen via
informele contacten omstreeks 24 juli 1998 dat de
huidige tweede verwerende partij de bedoeling heeft de
voornoemde overheidsopdracht te gunnen.

In een brief van 27 juli 1998 deelt zij aan
die partij mee dat zij vernomen heeft dat dergelijke
opdracht volgens de onderhandelingsprocedure bedoeld in
artikel 17 van de wet van 24 december 1993 betreffende
de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor
aanneming van werken, leveringen en diensten zou worden
gegrond en dat de uiterste datum voor het indienen van
een offerte 31 juli 1998 is. Tegelijk deelt zij mee

geïnteresseerd te zijn en vraagt zij, uiterlijk op 28 juli 1998 om 12 uur schriftelijk te bevestigen dat zij een offerte kan indienen en kopie van het bestek mede te delen.

1.3. Met een telefax van 28 juli 1998 bevestigt het Brussels Instituut voor Milieubeheer de in de voornoemde brief ontvangen informatie en stelt zij dat zij, binnen het raam van een onderhandelingsprocedure, de keuze heeft van de kandidaat-leveranciers aan wie zij een offerte vraagt op voorwaarde er minstens drie aan te schrijven.

"Om de redenen die door U gemakkelijk zullen worden begrepen" deelt zij mee dat beslist werd geen beroep te doen op de diensten van de verzoekende partij.

1.4. Op 29 juli 1998 stelt de verzoekende partij bij de Raad van State een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in tegen de in de brief van 28 juli 1998 besloten uitsluitingsbeslissing en tegen de bepaling van het bestek waarbij de uiterste datum voor het indienen van de offertes bepaald is op 31 juli 1998.

1.5. Intussen beslist de tweede verwerende partij de termijn voor het indienen van de offertes te verlengen tot 15 augustus 1998.

1.6. Bij arrest nr. 75.584, van 11 augustus 1998, verbeterd bij arrest nr. 75.634, van 31 augustus 1998, beveelt de Raad van State de schorsing van de beslissing van 28 juli 1998 en van de bepaling van het bestek waarbij de uiterste datum voor het indienen van de offertes bepaald is op 31 juli 1998.

1.7. Na nog twee brieven van verzoekster, waarbij deze opnieuw haar interesse voor de opdracht betoont en vraagt om inzage te krijgen van het bestek, alsmede om

een nieuwe datum voor het indienen van de offertes te bepalen, en nadat zij naar eigen zeggen op informele vernomen heeft dat, niettegenstaande het schorsings-arrest, tot opening van de inschrijvingen was overgegaan, dagvaardt zij op 3 september 1998 de tweede verwerende partij in kort geding voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel om, onder meer, haar het verbod te doen opleggen de lopende gunningsprocedure voort te zetten of de eventueel tot stand gekomen overeenkomst uit te voeren, op straffe van verbeurte van een dwangsom van 2.500.000 frank per overtreding.

1.8. Op 7 september 1998 neemt de Minister van Leefmilieu van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest dan de beslissing om af te zien van de gunning van de desbetreffende opdracht en om het daarbij nagestreefde sociaal oogmerk te herdefiniëren, waarvan verzoekster thans de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid vordert.

2. Over de gegrondheid van de vordering.

2.1. Overwegende dat luidens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen die de vernietiging van de aangevochten rechtshandeling kunnen verantwoorden worden aangevoerd en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging ervan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

2.2. Overwegende dat verzoekster, wat betreft het moeilijk te herstellen ernstig nadeel dat zij beweert te zullen ondergaan, uiteenzet hetgeen volgt :

"Er wordt door uw Raad algemeen aangenomen dat het nadeel dat voortvloeit uit een gemiste deelneming aan

een overheidsopdracht als een moeilijk te herstellen nadeel dient te worden aangemerkt.

In voorliggend geval is deze voorwaarde vervuld.

Weliswaar zal de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing er niet toe leiden dat Verzoekster de opdracht zou bekomen; echter, de schorsing is wel een noodzakelijk eerste stap om de daartoe noodzakelijke voorwaarde, m.a.w. het kunnen indienen van een offerte, alsnog te kunnen realiseren. Immers, door de formele stopzetting van de gunningsprocedure, verliest Verzoekster het daar door Uw Raad bij arrest nr. 75.584 d.d. 11 augustus 1998 verleende recht om een inschrijving in te dienen, zonder dat ook maar op enigerlei wijze gewaarborgd is dat bij de latere heraanbesteding, Verweersters bereid zullen zijn om haar een kans te geven op het indienen van een offerte. Nu tevens uit de door Verweersters aangehaalde motieven blijkt dat, naar alle waarschijnlijkheid, de beslissing tot stopzetting is ingegeven door het feit dat de reeds geopende inschrijvingen op onbevredigende wijze gevolg hebben gegeven aan de zgn. sociale clausule, verhoogt dit gebeurlijk de kansen van Verzoekster om de opdracht te bekomen in de veronderstelling dat de in deze clausule opgenomen verbintenissen voor haar aanvaardbaar zijn.

Verder verwijst Verzoekster naar het feit dat in de markt betreffende de levering van speeltuigen zelden grote opdrachten worden gegund, zodat ook de aangenomen - en bovendien niet gestaafde - financiële waarde van de opdracht (d.i. 25 miljoen frank) niet verhindert dat er in casu sprake is van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel in hoofde van Verzoekster";

2.3.1 Overwegende dat ingevolge de beslissing waarvan verzoekster de schorsing vraagt, de hele gunningsprocedure van voren af aan moet worden hervat; dat zulks impliceert dat de bevoegde overheid eerst zal moeten beslissen of zij een opdracht uitschrijft, welke daarvan de gunningswijze zal zijn, etc.; dat, ofschoon in de huidige omstandigheden niet vaststaat dat verzoekster in de toekomst zal kunnen meedingen voor een nieuwe opdracht, het evenmin uitgesloten is dat zij dat zal kunnen doen; dat wat dat betreft de situatie na de bestreden beslissing er voor haar dus gunstiger uit ziet dan op het tijdstip waarop haar werd medegedeeld dat zij niet zou worden geraadpleegd in het kader van de lopende onderhandelingsprocedure;

2.3.2. Overwegende dat verzoeksters toestand ten gevolge van de bestreden handeling weliswaar ongunstiger geworden zou kunnen zijn indien het juist is dat, zoals zij beweert, het schorsingsarrest nr. 75.584, van 11 augustus 1998, haar het recht verleende om alsnog een offerte in te dienen binnen de lopende onderhandelingsprocedure; dat, daargelaten de vraag of de administratieve rechter in kort geding het bestaan van rechten kan erkennen, in voormeld arrest echter niet wordt verwezen naar zulk een recht of er tegenover staande verplichting; dat, integendeel immers, sommige bewoordingen ervan verzoeksters bewering tegenspreken, en name de zinsnede sub 4.1.1.3. "... maar dat uit die bepaling niet voortvloeit dat iedere aannemer of leverancier een recht op deelname aan de onderhandelingsprocedure kan laten gelden; dat de overheid over een discretionaire bevoegdheid beschikt bij de keuze van de kandidaten die zullen worden geraadpleegd;..." of, duidelijker nog, sub 5.3., waar te lezen staat :

"Overwegende dat de tweede gevraagde maatregel er op neerkomt dat de Raad van State wordt gevraagd aan verzoekster te geven wat de verwerende partij heeft geweigerd, met name toelating aan de onderhandelingsprocedure deel te nemen, terwijl zij daar geen recht op heeft en de overheid terzake, mits afdoende motivering een discretionaire bevoegdheid heeft, zodat de Raad zich, zij het voorlopig, in de plaats zou stellen van het bestuur; dat het immers prima facie niet uitgesloten lijkt dat verwerende partij, nog op andere wijze gevolg geeft aan een schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing dan door de verzoekende partij tot de onderhandelingsprocedure toe te laten, met name indien zij een wettig motief kan aantonen waarom slechts de zes aangeschreven kandidaten werden gecontacteerd; dat de tweede gevraagde maatregel derhalve inbreuk zou maken op de discretionaire bevoegdheid van de bestuurs-overheid en dienvolgens niet kan worden bevolen";

2.3.3. Overwegende bovendien dat de gunning bij onderhandelingsprocedure, zoals geregeld in artikel 17 van de wet van 24 december 1993, dit bijzonder kenmerk vertoont dat de aanbestedende overheid naar keuze de

aannemers, leveranciers of dienstverleners raadpleegt met wie zij wil onderhandelen over de voorwaarden van de opdracht; dat uit de schorsing van de beslissing om verzoekster niet te raadplegen derhalve niet zo maar kan worden afgeleid dat de verwerende partijen de plicht hadden verzoekster in de lopende onderhandelingsprocedure te betrekken; dat per hypothese zulks enkel het geval geweest had kunnen zijn indien de schorsing was uitgesproken op grond van een specifiek motief, waaruit volgde dat verzoekster ook geraadpleegd had dienen te worden; dat zulks ter zake echter niet is aangetoond, doch veeleer het tegendeel, zoals uit de hiervoren weergegeven uittreksels van het arrest nr. 75.584 blijkt;

2.3.4. Overwegende dat verzoekster ook niet geloofwaardig maakt dat het motief in verband met de sociale clausule de nodige grond zou hebben gemist ingeval zij wel was geraadpleegd; dat zij immers geen gegevens aanbrengt om aan te tonen dat zij, in tegenstelling met de andere inschrijvers, evident wel de desbetreffende voorwaarden had vervuld zo zij van meet af aan was uitgenodigd; dat het haar thans trouwens niet moeilijk is ter zake voorstellen te doen, nu bekend is waarin andere offertes op dat stuk ontoereikend geacht werden;

2.3.5. Overwegende dat verzoekster haar bewering als zou het niet verkrijgen van een opdracht van 2,5 - niet : 25 - miljoen frank speeltuigen voor haar een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan betekenen, met geen enkel concreet gegeven staft;

2.4. Overwegende dat, nu uit wat voorafgaat blijkt dat aan een der voorwaarden van artikel 17, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State niet is voldaan, de vordering tot schorsing moet worden verworpen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing, bepaald op zevenduizend frank, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vijf oktober 1900 achtennegentig, door :

de H. J. DE BRABANDERE,
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,
griffier,

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. DE BRABANDERE.