

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 77.774 van 21 december 1998
in de zaak A. 81.506/XII-1760.**

In zake : de vennootschap naar Frans recht ECA,
die woonplaats kiest bij
Advocaten J. GHYSELS, P. FLAMEY
en E. EMPEREUR,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Aarlenstraat 25

tegen :

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door :
1. de Eerste Minister,
2. de Minister van Landsverdediging.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de vennootschap naar Frans recht ECA op 11 december 1998 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van :

- het besluit van 1 december 1998, waarbij de minister van Landsverdediging aan de ministerraad heeft voorgesteld om de opdracht PAP 104 MK 3 toe te wijzen aan de firma GENISEA,
- het besluit van de ministerraad van 4 december 1998, waarbij het voorstel van de minister van Landsverdediging wordt goedgekeurd,
- het besluit van de minister van Landsverdediging van 4 december 1998, waarbij de voormelde opdracht toegewezen wordt aan de firma GENISEA;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 14 december 1998 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 17 december 1998 om 11.00 uur;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter
J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van Advocaten
P. FLAMEY en G. L'HEUREUX, die verschijnen voor de
verzoekende partij, en van Adviseur-generaal G. PORIAU,
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;

Overwegende dat de opdracht betrekking heeft
op het moderniseren ("upgrading") van onbemande duik-
boten (PAP's), die bestemd zijn om zeemijnen te vegen;
dat er voor werd geopteerd tijdens een eerste fase één
PAP te moderniseren en, indien de testen gunstig verlo-
pen, de overige; dat wegens de hoge techniciteit van de
te begeven opdracht twee firma's werden geraadpleegd, de
verzoekende partij en GENISEA, in het kader van een
onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, met
toepassing van artikel 223 van het verdrag van Rome, en
dus van het koninklijk besluit van 6 februari 1997
betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van
leveringen en diensten waarop artikel 3, § 3, van de wet
van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten
en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leve-
ringen en diensten van toepassing is; dat de totale
kostprijs geraamd werd op 343 miljoen frank; dat beide
aangeschreven firma's een offerte indienden; dat na
onderzoek van de offertes en, onder meer, hun toetsing
aan de gestelde criteria, werd voorgesteld de opdracht
te gunnen aan GENISEA, inzonderheid ingevolge de over-
weging dat het door de verzoekende partij voorgestelde
systeem merkkelijk duurder uitvalt bij de toepassing; dat

dit voorstel op 4 december 1998 werd bijgevalen door de ministerraad en de Minister van Landsverdediging dezelfde dag besloot de opdracht toe te wijzen aan de firma GENISEA;

Overwegende dat de eerste bestreden beslissing louter een voorstel uitmaakt en, als niet voor vernietiging vatbare akte, derhalve ook niet het voorwerp kan uitmaken van een vordering tot schorsing; dat de vraag of de tweede bestreden beslissing meer dan een voorbereidende handeling tot de derde beslissing, die van de Minister van Landsverdediging, uitmaakt, bij het onderzoek van deze vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, voorlopig positief wordt beantwoord;

Overwegende dat krachtens 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 worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

Overwegende dat de verzoekende partij, onder meer, als tweede middel, aanvoert :

"schending van artikel 3, § 3 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 2, § 3 van het koninklijk Besluit van 6 februari 1997 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van leveringen en diensten waarop artikel 3, § 3, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten van toepassing is (hierna : K.B. van 6 februari 1997), en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, het

zorgvuldigheidsbeginsel en van het Patere legem quam ipse fecisti-beginsel, en genomen uit de afwezigheid van de rechtens vereiste feitelijke grondslag, Doordat, de verwerende partij bij de beoordeling van de waarde van het gunningscriterium van de prijs de exploitatiekosten betrokken heeft en doordat de verwerende partij aan verzoekende partij geen gegevens met betrekking tot de kostprijs van de exploitatiekosten heeft opgevraagd, hoewel zij bij de vaststelling van de prijs op de verschillende exploitatiekosten een bedrag gekleefd heeft, Terwijl, de exploitatiekosten, bestaande uit de onderhoudskost van het gyrokompas, het verhoogd gebruik van bobijnen en het verbruik mijnvernietigingslading, niet in het bestek als gunningscriterium zijn opgenomen en derhalve ook niet bij de beoordeling van de (waarde) van het gunningscriterium van de prijs mogen betrokken worden, dat de overheid immers dient te handelen volgens de door haarzelf vastgestelde regels, in casu de wijze waarop de offertes volgens het bestek zouden beoordeeld worden (zie HENUSET, M.-G., 'Le secteur public et l'offre négociée', in X., Tendensen in het bedrijfsrecht, Antwerpen, Kluwer, 1998, 38), dat de verwerende partij de gelijkheid tussen de kandidaten geschonden heeft door het voorwerp van de opdracht op een substantiële wijze te wijzigen (zie HENUSET, M.-G., o.c., 39); dat het principe van de vrije beoordeling bij onderhandelingsprocedures in casu zowel reglementair (zie artikel 2, § 3 van het K.B. van 6 februari 1997) als volgens de eigen regels van het bestek (zie artikel 10 van het bestek : de wijze waarop de offertes worden beoordeeld aan de hand van 4 in volgorde bepaalde gunningscriteria) beperkt wordt; dat elke deelgenoot in de onderhandelingen er vermag op te rekenen dat de offertes aan de hand van voormelde beperkingen worden beoordeeld op straffe van ongelijke behandeling; dat de exploitatiekosten niet werden aangehaald in het bestek, ook niet bij het criterium van de prijs, dat, zelfs indien dit aspect wel bij de beoordeling van de prijs kon worden betrokken, er niet is in te zien waarom daarover kennelijk informatie werd gevraagd aan de concurrent en niet aan verzoekster; dat ook dit laatste een schending inhoudt van de gelijke behandeling; dat tenslotte nooit iets werd gevraagd over een gyrokompas, bobijnen of de mijnvernietigingslading, zodat deze technische elementen geen deel uitmaken van de opdracht; dat, door deze elementen te betrekken in de beoordeling van de prijs, en daaraan artificiële prijselementen toe te voegen, die niet waren (want niet konden worden) opgegeven door verzoekster, aldus een bestelling wordt geplaatst die niet overeenstemt met het essentiële voorwerp van de gewenste opdracht; dat tenslotte zelfs niet eens reeds een estimatie kon gegeven worden van de ex-

exploitatiekosten voor wat betreft het 'conditionele' gedeelte van opdracht;
Zodat, de verwerende partij, door bij de beoordeling van de waarde van het gunningscriterium van de prijs rekening te houden met de exploitatiekosten, minstens zonder daarover aan verzoeker informatie te vragen, de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen geschonden heeft";

Overwegende dat de verwerende partij antwoordt dat, ofschoon het bestek het element "prijs" als belangrijkste gunningscriterium vermeldt, in redelijkheid mag worden aangenomen dat voor een produkt met een hoge technologische waarde, hetwelk gedurende tien jaar goed moet kunnen functioneren, deze prijs ook de belangrijkste en zekere functioneringskosten dient te omvatten; dat de verwerende partij tevens verwijst naar artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, luidens welk voor het bepalen van de laagste regelmatige offerte ook rekening dient te worden gehouden met "de andere berekenbare gegevens welke met zekerheid haar uitgaven zullen verhogen", en dat die bepaling door een als "bonus pater familias" handelende overheid niet alleen op aanbestedingen kan worden toegepast; dat de verwerende partij ook betoogt dat zij daarbij geen contact diende op te nemen met de inschrijvers, aangezien de relevante gegevens wat dat betreft haar "op historische gronden" bekend waren; dat zij daarna een uiteenzetting geeft aangaande die berekeningselementen;

Overwegende dat ter zake het bijzonder bestek als criteria voor de toekenning van de opdracht, in afdalende volgorde, bepaalt :

- de prijs,
- de technische waarde van de aangenomen wijzigingen, waaronder een aantal opgesomde gegevens,
- ...;

Overwegende dat de "prijs" als toekennings-criterium te onderscheiden valt van de werkingskosten en deze laatste niet omvat; dat, in tegenstelling met wat in artikel 14 van de vroegere wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten was bepaald, en dan enkel ten aanzien van de offerteaanvraag, de huidige wet niet toestaat met andere gegevens rekening te houden dan die welke uitdrukkelijk vermeld zijn in het bestek; dat met de "andere berekenbare gegevens" waarvan sprake is in artikel 15, tweede lid, van de wet van 24 december 1993, bedoeld wordt op zekere berekenbare gegevens zoals taksen (BTW), kosten, en dergelijke, doch niet op werkingskosten waarvan het bedrag overigens nooit met die vereiste mate van zekerheid vooraf kan worden geraamd; dat die bepaling bovendien betrekking heeft op aanbestedingen en offerteaanvragen; dat, aangezien ter zake het bestek duidelijk het criterium "prijs" als hiervoren bedoeld hanteerde, het de verwerende partij niet toekwam bij de gunning aan dat begrip een andere betekenis te geven, op gevaar de gelijkheid tussen de inschrijvers te schenden; dat het middel ernstig is, zonder dat de vraag of verwerende partij verplicht was de twee inschrijvers te contacteren, onderzocht hoeft te worden;

Overwegende dat als moeilijk te herstellen ernstig nadeel de verzoekende partij aanvoert dat zij met haar vordering beoogt een rechtstreeks rechtsherstel te verkrijgen, m.a.w. de mogelijkheid te behouden om alsnog de opdracht toegewezen te krijgen; dat zij er op wijst dat zij marktleider is, dat zij de oorspronkelijke PAP's heeft geleverd aan de Belgische, Franse en Nederlandse marine, zodat zij riskeert een referentie te verliezen met het oog op de eventuele upgradering voor rekening van de Franse en Nederlandse marine, alsook dat zij, mede doordat de opdracht wordt gegund aan een concurrent zonder enige ervaring, het risico loopt dat

haar reputatie een serieuze knauw krijgt; dat zij bijkomend aanvoert dat de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid noodzakelijk is om de totstandkoming van het contract tegen te houden;

Overwegende dat de verwerende partij zich afvraagt hoe het verlies van een beperkt moderniseringscontract bij een kleine marine een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen aan een bedrijf dat zelf beweert marktleider te zijn, dat het ook de vraag is of de Franse en Nederlandse marine het voorbeeld van België zullen volgen, nu de zogenaamde "tripartite" niet meer bestaat, dat wat de Franse marine betreft, het zeer de vraag is of deze zich zal laten overtuigen door een referentie bij de Belgische marine om een opdracht te verlenen aan een Franse firma, en dat de verzoekende partij ten onrechte beweert dat haar concurrent op het stuk geen enkele ervaring heeft;

Overwegende dat, gelet op het toch niet onbelangrijk bedrag van de totale opdracht en het gespecialiseerd karakter ervan, met het oog waarop het prima facie van belang is het prototype te mogen moderniseren, kan worden aangenomen dat de verzoekende partij een moeilijk te herstellen ernstig nadeel dreigt te ondergaan indien zij niet in competitie blijft met haar concurrent om de opdracht alsnog toegewezen te krijgen; dat het beroep op de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid ook gerechtvaardigd lijkt;

Overwegende derhalve dat aan de beide voorwaarden van artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State is voldaan,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van :

- het besluit van de ministerraad van 4 december 1998, waarbij het voorstel van de minister van Landsverdediging, om de opdracht PAP 104 MK 3 toe te wijzen aan de firma GENISEA, wordt goedgekeurd,
- het besluit van de minister van Landsverdediging van 4 december 1998, waarbij de voormelde opdracht toegewezen wordt aan de firma GENISEA.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing wordt voor het overige verworpen.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op eenentwintig december 1900 achtennegentig, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. DE BRABANDERE.