

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 79.189 van 9 maart 1999
in de zaak A. 82.812/XII-1870.**

In zake : de NV TOURING,
gevestigd te BRUSSEL,
Wetstraat 44

tegen :

het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de
Vlaamse regering,
dat woonplaats kiest bij
advocaat K. RONSE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Louizalaan 523.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV TOURING
op 8 maart 1999 heeft ingediend om bij uiterst dringende
noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van de
tenuitvoerlegging van :

- "- het bijzonder bestek nr. B991046 van het ministerie
van de Vlaamse Gemeenschap (Departement Leefmilieu
en Infrastructuur - Administratie Wegen en Verkeer
- Afdeling Oost-Vlaanderen) betreffende de gunning
van een overheidsopdracht van diensten (FAST project
- vrijmaken van de E40) en houdende beslissing van
de aanbestedende dienst een beroep te doen op de
onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekend-
making;
- het schrijven d.d. 26 februari 1999 van het minis-
terie van de Vlaamse Gemeenschap, houdende beslis-
sing om op dinsdag 9 maart 1999 om 11 uur tot de
opening van de offertes over te gaan.";

Gezien het verzoekschrift dat de NV TOURING op 8 maart 1999 heeft ingediend om bij wege van voorlopige maatregelen te vorderen dat :

- "- in zoverre het arrest van uw Raad tussenkomt voor de opening van de offertes op 9 maart 1999 om 11 uur, verwerende partij het verbod wordt opgelegd om over te gaan tot de opening van de offertes in het kader van de onderhandelingsprocedure onder verbeurte van een dwangsom van 1 miljoen BEF per overtreding van dit verbod;
- in zoverre het arrest van uw Raad tussenkomt na de opening van de offertes op 9 maart 1999 om 11 uur, verwerende partij het verbod wordt opgelegd om de offertes verder te onderzoeken in het kader van de onderhandelingsprocedure en op basis van dit onderzoek tot toewijzing van de opdracht over te gaan onder verbeurte van een dwangsom van 1 miljoen BEF per overtreding van dit verbod.";

Gelet op de beschikking van 8 maart 1999 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 9 maart 1999 om 10 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat C. DE WOLF, die verschijnt voor de verzoekende 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 verzoekende partij verklaart op maandag 1 maart 1999 een brief gedateerd

26 februari 1999 van het Departement Leefmilieu en Infrastructuur van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Administratie Wegen en Verkeer, Afdeling wegen Oost-Vlaanderen te hebben ontvangen, waarbij zij in het raam van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking uitgenodigd werd om een offerte in te dienen voor een opdracht van diensten betreffende het vermijden van files die ingevolge ongeval of defect ontstaan op de autoweg E 40, vak Affligem-Jabbeke, overeenkomstig het mee opgestuurde bestek; dat de opening van de offertes bepaald was op 9 maart 1999, om 11 uur; dat de verzoekende partij na, zo zij verklaart, daar telefonisch om te hebben gevraagd, met fax van vrijdag 5 maart 1999 om mededeling verzocht heeft van enerzijds de redenen die de keuze van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking rechtvaardigen en anderzijds de gunningscriteria die de toewijzing van de opdracht zullen bepalen; dat zij daarbij ook een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State in het vooruitzicht stelde indien zij geen antwoord zou hebben ontvangen tegen maandag 8 maart 1999 om 10 uur; dat de verzoekende partij de huidige vorderingen op die laatste dag heeft ingesteld;

Overwegende dat moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij, hoewel zij omzeggens over een hele werkweek heeft beschikt om aan de verwerende partij de volgens haar noodzakelijke informatie te vragen, dat pas gedaan heeft op vrijdag 's middags en dan gewacht heeft tot daags voor de opening der inschrijvingen, in de late namiddag, om de onderhavige vorderingen in te stellen; dat in die omstandigheden de verwerende partij niet kon worden gehoord en het de Raad van State niet mogelijk is gebleken uitspraak te doen over de vorderingen voor de opening van de inschrijvingen;

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 rechts-handeling kunnen verantwoorden worden aangevoerd en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging ervan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

Overwegende dat de verzoekende partij als moeilijk te herstellen ernstig nadeel het volgende uiteenzet:

"Opdat uw Raad de schorsing van de tenuitvoerlegging van een bestreden beslissing zou kunnen bevelen, moet verzoekende partij kunnen aantonen dat die onmiddellijke tenuitvoerlegging haar een moeilijk te herstellen en ernstig nadeel dreigt te berokkenen. Die voorwaarde is in voorliggend geval evident vervuld, zodat dit element in wezen weinig verdere toelichting behoeft.

Verzoekende partij merkt namelijk op dat de keuze van de vorm van gunningsprocedure door een administratieve overheid, in casu de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, slechts op huidig moment met kans op slagen kan worden aangevochten; de gunningsprocedure zal een snelle vooruitgang kennen eens de offertes zullen zijn geopend, en in dit later stadium zal een aanvechting van de vorm van gunningsprocedure door uw Raad als laattijdig worden afgedaan (R.v.St., nr. 22.173, 2 april 1982).

Door dit punt ondergaat verzoekende partij niet alleen een ernstig nadeel, maar tevens een moeilijk te herstellen nadeel: het aldus geleden nadeel zal verzoekende partij niet meer kunnen herstellen in een latere fase van de gunningsprocedure.

Bovendien brengt dergelijke onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking met zich mee dat de aanbestedende dienst niet verplicht wordt om gunningcriteria in het bijzonder bestek te hanteren.

Ter herinnering zij aangestipt dat dergelijke gunningsprocedure wordt gekenmerkt door de vrijheid van de aanbestedende dienst qua selectie van de gegadigden en gunning van de opdracht. Met andere woorden, oefent de aanbestedende dienst een discretionaire bevoegdheid uit in de beoordeling van de ingediende offertes, bevoegdheid die uitsluitend door de verplichte eerbiediging van de algemene beginselen (m.n. het gelijkheidsbeginsel, de verplichting om tot een effectieve vergelijking van de ingediende offertes over te gaan, en de verplichting om een grondige

analyse van de respectieve nadelen en voordelen van de offertes te maken) wordt beperkt.

Bovenvermelde kenmerken van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking hebben tot gevolg dat de niet weerhouden inschrijver weinig controle heeft op het verloop van de procedure alsook op de regelmatigheid van de uiteindelijke gunningsbeslissing.

Gelet op de inhoud van de onderhavige overheidsopdracht (namelijk het vrijmaken van de rijbaan langs de E40) lijdt de verzoekende partij in haar hoedanigheid van gespecialiseerde firma en gezien haar reputatie in dit soort activiteiten onmiskenbaar een ernstig nadeel door de bestreden beslissing.

Het te begeven project heeft voor verzoekende partij dan ook manifest een belangrijke referentiewaarde, en dit in acht genomen het onmiskenbaar stijgende belang van het mobiliteitsvraagstuk in onze huidige samenleving. De steeds verdere dichtslibbing van de autosnelwegen vereist dat de aanbestedende overheden zich zullen genoodzaakt zien om, middels projecten zoals deze, te begeven in het kader van de voorliggende opdracht, een adequaat antwoord te formuleren.

Het is dan ook voor verzoekende partij van wezenlijk en essentieel belang dat zij met het oog op het bekomen van de te begeven opdracht een faire en eerlijke kans krijgt toegemeten.

Het aanwenden van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaandelijke bekendmaking, waarbij verwerende partij er zelf niet toe gehouden is om in het bijzonder bestek de gunningcriteria op te nemen, verleent aan verzoekende partij slechts een zeer elementaire rechtsbescherming uit hoofde van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Evenwel, naar de mening van verzoekende partij, biedt geen van de in artikel 17, § 2 van de Wet van 24 december 1993 opgenomen rechtsgronden, een afdoende in feite en in rechte aanvaardbare rechtsbasis om in voorliggend geval op de onderhandelingsprocedure een beroep te doen".

Overwegende dat het nadeel dat de verzoekende partij aanvoert te vaag is of een te hypothetisch karakter heeft; dat de verzoekende partij een offerte heeft kunnen indienen; dat de kans niet is uitgesloten dat die offerte als de voordeligste wordt geselecteerd en de opdracht aan de verzoekende partij wordt toegekend; dat meer bepaald niet zonder meer kan worden voorzien dat de verwerende partij haar discretionaire beoordelingsbevoegdheid op arbitraire wijze zal

uitoefenen ten nadele van de verzoekende partij; dat, mocht de toekomst het anders uitwijzen, de verzoekende partij dan nog de gelegenheid zal hebben de toewijzing aan een andere inschrijver te bestrijden en zij daarbij eventueel middelen ontleend aan een onbehoorlijke uitoefening van die beoordelingsbevoegdheid of aan een onterecht beroep op de onderhandelingsprocedure zal kunnen aanvoeren; dat de verzoekende partij haar argumenten in verband met het verlies van een referentie ook dan nog zal kunnen doen gelden;

Overwegende dat aan de voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet is voldaan; dat die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid af te wijzen; dat daaruit volgt dat ook de vordering tot het opleggen van voorlopige maatregelen en van een dwangsom 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 vordering tot het opleggen van voorlopige maatregelen wordt verworpen.

Artikel 3.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op negen maart 1900 negenennegentig, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. DE BRABANDERE.