

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 79.815 van 19 april 1999
in de zaak A. 83.498/XII-1965.**

- In zake :
1. de NV GTI TECHNICAL INSTALLATIONS,
die woonplaats kiest bij
advocaat B. ASSCHERICKX,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Ninoofsesteenweg 643,
 2. de NV CLOSE,
die woonplaats kiest bij
advocaten A. DELVAUX, F. VLASSEMBROUCK,
HANNEQUART, RASIR, en venoten,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Colonel Bourgstraat 40

tegen :

de NV BERLAYMONT 2000,
die woonplaats kiest bij
advocaten L. VAN HOUT en X. LEURQUIN,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Sint-Bernardusstraat 98.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV G.T.I. TECHNICAL INSTALLATIONS en de NV CLOSE op 14 april 1999 hebben ingediend om de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te vorderen van de tenuitvoerlegging van "de beslissing op een onbekende datum genomen uitgaande van de NV BERLAYMONT 2000 waarbij de opdracht werd toegekend aan de tijdelijke vereniging samengesteld uit de vennootschappen DELTA THERMIC DEVIS ENERGIEËN, DRUART EN DANHEUX & MAROYE, en bijgevolg niet aan GTI-CLOSE en consorten in het kader van de onderhandelingsprocedure met als voorwerp de installatiewerken H.V.A.C. uit te voeren in het gebouw BERLAYMONT, gelegen te 1040 Brussel, Wetstraat 200";

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 14 april 1999 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 16 april 1999 om 10.30 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat I. COOREMAN, die loco advocaat B. ASSCHERICKX verschijnt voor de eerste verzoekende partij, van advocaat F. VLASSEMBROUCK, die verschijnt voor de tweede verzoekende partij, en van advocaat L. VAN HOUT, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur L. VERMEIRE;

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

1.1. De NV BERLAYMONT 2000 kondigt op 28 februari 1997 een opdracht aan voor een beperkte offerteaanvraag met als voorwerp de aanneming van verwarming, verluchting en klimaatregeling (H.V.A.C.).

1.2. Op 23 april 1997 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij, op grond van het verslag nopens de kwalitatieve selectie van de aannemers, de tijdelijke vereniging "GTI TECHNICAL INSTALLATIONS/CLOSE" niet te selecteren omdat zij niet een gemiddelde omzet van minimaal 2,5 maal de raming van de opdracht over de laatste drie jaren haalt. Wel worden de vijf andere tijdelijke verenigingen die een aanvraag

hadden ingediend geselecteerd, waaronder de tijdelijke vereniging "DELTA THERMIC - ROM".

Tegen hun niet-selectie stellen GTI TECHNICAL INSTALLATIONS en CLOSE, samen met andere verzoekers, een vordering tot schorsing in bij de Raad van State. Die vordering wordt echter afgewezen bij arrest nr. 69.919, van 2 december 1997.

1.3. Van deze vijf geselecteerde aannemers dienen er drie een offerte in. Tot die drie behoort niet de voornoemde tijdelijke vereniging "DELTA THERMIC - ROM".

1.4. Aangezien deze offertes als te hoog worden beschouwd besluit de raad van bestuur van verwerende partij op 24 februari overeenkomstig artikel 15, § 1, van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor de aanneming van werken, leveringen en diensten, de procedure van beperkte offerteaanvraag stop te zetten en een nieuwe gunningsprocedure te beginnen onder de vorm van een onderhandelingsprocedure zonder naleving van bekendmakingsregels op basis van artikel 17, § 2, 1°, c), van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, d.w.z. zich beroepend op de hoogdringendheid voortvloeiend uit niet te voorzien gebeurtenissen welke niet toelaten de bij andere procedures gestelde termijnen na te leven.

In het kader van die nieuwe procedure, waarvoor een nieuw bestek wordt goedgekeurd, worden vier aannemers geraadpleegd, namelijk de drie welke voor de beperkte offerteaanvraag een offerte hadden ingediend alsmede een tijdelijke vereniging waarvan DELTA THERMIC deel uitmaakt samen met de firma's DANHEUX & MAROYE, DRUART en DEVIS ENERGIEËN.

1.5. Die vier geraadpleegde aannemers dienen elk een offerte in.

Op 31 maart 1999 besluit de verwerende partij de opdracht toe te kennen aan de tijdelijke vereniging DELTA THERMIC DEVIS ENERGIEËN, DRUART EN DANHEUX & MAROYE tegen de prijs van 2.074.569.400 frank. Dat is de beslissing waarvan de schorsing wordt gevraagd;

2. Overwegende dat de bestreden beslissing niet de impliciete weigering bevat de opdracht aan verzoekende partijen te gunnen, aangezien het gaat om een onderhandelingsprocedure, waarvoor verzoekers trouwens niet waren uitgenodigd; dat in zoverre verzoekers met hun vordering ook de schorsing van dergelijke impliciete weigeringsbeslissing nastreven, die vordering niet ontvankelijk is;

3. 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;

4.1. Overwegende dat verzoekers in hun verzoekschrift een middel aanvoeren dat zij als volgt formuleren :

"Enig middel :

Middel genomen uit de schending van de artikelen 1, en 17, § 2, 1°, d) van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de artikelen 16, 17, 18, 110, § 1 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, de artikelen 3 tot 11 van de wet van 20 maart 1991 houdende erkenning van de aannemers van werken en artikel 10 van het koninklijk besluit van

26 september 1991 tot vaststelling van bepaalde toepassingsmaatregelen van de wet van 20 maart 1991, artikel 10 van het bericht houdende aankondiging van opdracht voor een beperkte offerteaanvraag waarbij de selectiecriteria werden vermeld, alsmede de beginselen van de vrije mededinging en van gelijke behandeling tussen de kandidaten-inschrijvers, de beginselen van behoorlijk bestuur en artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, onder andere voor machtsoverschijding.

Doordat tegenpartij in het kader van de tweede procedure die een onderhandelingsprocedure is, heeft beslist de opdracht toe te kennen aan de tijdelijke vereniging DELTA THERMIC en consoorten,

terwijl,

eerste onderdeel beroep kan gedaan worden op een onderhandelingsprocedure zonder naleving van de bekendmakingsregels bij de aanvang van de procedure, wanneer onaanvaardbare prijzen werden voorgesteld, voor zover 'de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk gewijzigd werden en de aanbestedende overheid alle inschrijvers raadpleegt die voldoen aan de minimeisen op beroeps-, economisch en technisch vlak, zoals bepaald door de Koning, en die een offerte indienden die aan de formele eisen van de eerste procedure voldeed; dat, in de veronderstelling dat de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk gewijzigd werden, de tijdelijke vereniging DELTA THERMIC-DEVIS-DRUART-DANHEUX geen inschrijver was in het kader van de eerste procedure en a fortiori geen inschrijver kon zijn in het kader van de tweede procedure; dat, bovendien, het bijzonder bestek een erkenning klasse 8 D 18 oplegde, alsmede, een gemiddeld zakencijfer over de laatste drie jaar ten belope van minimum 1.800.000 frank en dat geen één van de leden van deze bovenvermelde tijdelijke vereniging over deze erkenning beschikt, of samen dergelijk zakencijfer bereiken; zodat tegenpartij door de opdracht toe te kennen aan de tijdelijke vereniging DELTA THERMIC-DEVIS-DRUART-DANHEUX de artikelen gevisieerd in het middel, en meer bepaald artikel 17 van de wet van 24 december 1993, heeft geschonden;

tweede onderdeel de vraag of de kandidaten en/of inschrijvers voldoen aan de selectiecriteria op gelijke wijze moet gebeuren; dat, in de hypothese dat de tijdelijke vereniging GTI-CLOSE en consoorten niet voldeed aan de selectiecriteria, quod non, tegenpartij door de opdracht toe te kennen aan de tijdelijke vereniging DELTA THERMIC-DEVIS-DRUART-DANHEUX, die aan de selectiecriteria niet voldeed, de beginselen van gelijke behandeling en vrije mededinging heeft geschonden";

4.2.1. Overwegende dat zoals hiervoren uit de gegevens van de zaak is gebleken, de verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing geen beroep heeft gedaan op artikel 17, § 1, 1°, d), van de wet van 24 december 1993, doch op littera c) van dat artikel 17, § 1, 1°; dat volgens die bepaling de procedure bij onderhandelingen zonder bekendmaking mag worden toegepast, voor zover strikt noodzakelijk, indien het dringend karakter ervan, voortvloeiend uit niet te voorziene gebeurtenissen, niet toelaat de bij andere procedures gestelde termijnen na te leven; dat verzoekers hun vordering echter in hoofdzaak steunen op de miskenning van artikel 17, § 1, 1°, d), welke bepaling mag worden toegepast indien enkel onregelmatige offertes ingediend werden of indien slechts onaanvaardbare prijzen voorgesteld werden, en voor zover de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk gewijzigd werden en de aanbestedende overheid alle inschrijvers raadpleegt die voldoen aan de minimeisen op beroeps-, economisch en technisch vlak en die een offerte indienden die aan de formele eisen van de eerste procedure voldeed;

4.2.2 Overwegende dat het summier karakter van de vordering in kort geding, zeker bij uiterst dringende noodzakelijkheid, zich ertegen verzet dat na het indienen van het verzoekschrift het middel wordt uitgebreid of aangepast, inzonderheid aan dat voor verzoekers nieuwe gegeven; dat derhalve geen acht kan worden geslagen op hun ter zitting geuite kritiek dat het dringend karakter van de aangelegenheid vereist door artikel 17, § 1, 1°, c) niet voorhanden was of niet afdoende werd gemotiveerd; dat hoogstens kan worden nagegaan in hoeverre de in het middel geuite grieven kunnen worden betrokken op een beslissing genomen overeenkomstig littera c) voornoemd;

4.2.3. Overwegende dat, wjl artikel 17, § 1, 1°, c), van de wet van 24 december 1993 niet vereist dat enkel die aannemers worden geraadpleegd die aan de gestelde voorwaarden van een vorige procedure voldeden en een offerte hadden ingediend, het eerste onderdeel van het middel niet als ernstig kan worden beschouwd; dat weliswaar de vraag zou kunnen rijzen of het de verwerende partij toekwam, na te hebben vastgesteld dat enkel onaanvaardbare prijzen werden geboden, in de gegeven omstandigheden een beroep te doen op de procedure van artikel 17, § 1, 1°, c), en niet d), doch zulks een vraag is nopens de toepasbaarheid van eerstgenoemde bepaling, welke zoals gezegd in het kader van een procedure van kort geding in uiterst dringende omstandigheden niet kan worden onderzocht; dat wat het tweede onderdeel van het middel betreft, in het licht van het beginsel van de gelijke behandeling en vrije mededinging wel de vraag kan rijzen waarom DELTA THERMIC e.a. wel werd geraadpleegd en verzoekers niet, doch dit onderdeel eveneens verwijst naar de op littera d) gebaseerde voorwaarde van het voldoen aan de selectiecriteria in het kader van de vorige procedure en geen uitgewerkte argumentatie bevat welke dienend kan zijn bij de toepassing van littera c);

4.2.4. Overwegende dat in de mate dat het middel de schending aanvoert van andere wets- en verordeningsbepalingen, inzonderheid de artikelen 16, 17, 18 en 110, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, niet is aangetoond hoe die bepalingen dan wel geschonden zijn, los van de vraag of dit al kan; dat, immers, voornoemd artikel 16 voor een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking enkel bepaalt dat de aanbestedende overheid uit degenen die voldoen aan de in de artikelen 17 tot 19 gestelde kwalificaties de gegadigden kiest die zij uitnodigt deel te nemen aan de onderhandelingen op basis van de inlichtingen betreffende de eigen situatie van de aannemer en van de in-

lichtingen en documenten die nodig zijn voor de beoordeling van de financiële, economische en technische minimeisen waaraan hij moet voldoen; dat verzoekers niet vermelden, laat staan aantonen aan welke van die kwalificaties van artikel 17 de tijdelijke vereniging DELTA THERMIC e.a. niet voldoet, behoudens de erkenning, waaromtrent echter verwezen moet worden naar wat hiervoren is gezegd nopens de aangevoerde bepaling van de wet van 24 december 1993; dat inzake de financiële en economische draagkracht bedoeld in artikel 18 zij niet aantoon dat deze getoetst zou zijn aan de hand van andere criteria dan daarin bepaald; dat artikel 110, § 1, de aanbestedingen en offerteaanvragen en bijgevolg niet de onderhandelingsprocedure betreft; dat ook de aangevoerde schending van de artikelen 3 tot 11 van de wet van 20 maart 1991 houdende erkenning van de aannemers van werken en van artikel 10 van het koninklijk besluit van 26 september 1991 niet afzonderlijk worden toegelicht tenzij met de blote bewering dat geen van de leden van de tijdelijke vereniging de vereiste erkenning bezit, hoewel uit het administratief dossier het tegendeel zou kunnen worden afgeleid en verzoekers voorbijgaan aan het feit enerzijds dat de erkenning blijkens artikel 3, § 1 van de wet van 20 maart 1991 slechts aanwezig dient te zijn bij de gunning en deze, krachtens de wet, kan worden vervangen door het bewijs dat men aan de erkenningsvoorwaarden voldoet; dat in de mate waarin verwezen wordt naar "de beginselen van behoorlijk bestuur" het middel onvoldoende duidelijk is, aangezien niet wordt bepaald welk beginsel van behoorlijk bestuur geschonden zou zijn;

4.3. Overwegende dat uit wat voorafgaat volgt dat het aangevoerde middel in geen van zijn bestanddelen als ernstig kan worden beschouwd; dat die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing af te wijzen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing, bepaald op veertienduizend frank, komen ten laste van de verzoekende partijen, elk voor de helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op negentien april 1900 negenennegentig, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. DE BRABANDERE.