

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 95.346 van 14 mei 2001
in de zaak A. 103.998/XII-3079.**

In zake : de NV STRABAG,
die woonplaats kiest bij
advocaat V. VAN HOUTTE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Henri Wafelaertsstraat 47-51

tegen :

de stad ANTWERPEN.

tussenkomen partij :

de NV P. ROEGIERS & C°,
die woonplaats kiest bij
advocaten J. GHYSELS, P. FLAMEY & Partners,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Aarlenstraat 25.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de naamloze
vennootschap STRABAG BELGIUM op 30 april 2001 heeft
ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de
schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van

"- de gunningsbeslissing genomen door het college
van burgemeester en schepenen op de zitting van
woensdag 11 april 2001 waarbij de opdracht inzake de
eerste fase, deel A, voor de verbouwing en
restauratie van het St. Felixpakhuis
(bestek TL/99/6045/1) in het kader van een openbare
aanbestedingsprocedure werd gegund aan de
NV P. Roegiers & C° voor een bedrag van
Bef 149.344.792 (incl. B.T.W.)

- de gunningsbeslissing van dezelfde datum om
fase 1 deel B - hoofdstuk 5, dakwerken en
dakwaterafvoer - te gunnen aan de NV P. Roegiers & C°
tegen 18.923.908 Bef (incl. B.T.W.) onder voorbehoud
van goedkeuring van de begrotingswijziging 3 door de
hogere overheid.

- de beslissing van dezelfde datum tot intrekking
van de gunningsbeslissing van 7 maart 2001 waarbij de
eerste fase, deel B, van de verbouwing en restauratie
van het St.-Felix pakhuis werd gegund aan verzoekster

voor een bedrag van BEF (151.142.153, lees :) 21.488.429 (incl. B.T.W.);

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verzoekschrift neergelegd ter terechtzitting waarbij de NV P. ROEGIERS & C° vraagt om in de schorsingsprocedure te mogen tussenkomen;

Gelet op de beschikking van 2 mei 2001 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 8 mei 2001 om 10.30 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. VERBIEST;

Gehoord de opmerkingen van advocaat V. VAN HOUTTE, die verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaten Chr. COEN en J. DERIDDER, die verschijnen voor de verwerende partij en van advocaten P. FLAMEY en S. KNAEPEN, die verschijnen voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste 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 tussenkomende partij in een exceptie opwerpt dat de Raad van State niet bevoegd is om over de vordering uitspraak te doen, aangezien de verzoekende partij veronderstelt dat de opdracht reeds aan haar werd gegund en het contract tussen haarzelf en de verwerende partij is tot stand gekomen; dat de tussenkomende partij nader betoogt dat aldus de verzoekende partij voor de Raad van State beslissingen

in betwisting brengt, ervan uitgaande dat die beslissingen afbreuk doen aan dat contract en een dergelijk geschil een geschil over subjectieve rechten is dat ontsnapt aan de bevoegdheid van de Raad van State;

Overwegende dat in een kort geding, en zeker in een kort geding zoals het huidige, aangebracht bij uiterst dringende noodzakelijkheid, de Raad van State slechts een beperkt onderzoek kan wijden aan excepties van onbevoegdheid of van onontvankelijkheid; dat, aangezien de verzoekende partij er zich minder behoorlijk tegen in bescherming kan nemen dan in de procedure ten gronde, het dienvolgens in een kort geding past dat de Raad van State een exceptie van onbevoegdheid veeleer zou verwerpen dan aannemen tenzij indien zijn beperkt onderzoek uitwijst dat een dergelijke exceptie een hoge graad van ernst vertoont;

Overwegende dat het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij op 21 december 2000 beslist een opdracht voor werken, eerste fase, deel A, voor verbouwing en restauratie van het Sint-Felixpakhuis, na openbare aanbesteding, toe te wijzen aan de verzoekende partij, "onder voorbehoud van goedkeuring van de splitsing van de gunning door de aannemer" voor een bedrag van 124.910.870 frank + 26.231.283 frank BTW; dat het college alsdan tevens beslist de offerte van de tussenkomenende partij als onregelmatig te beschouwen; dat daarop bij aangetekende brief van 28 december 2000 het college meedeelt aan de verzoekende partij hetgeen volgt :

"Bij openbare aanbesteding van 23 november 2000 voor de 1^e fase van de verbouwing en restauratie van het Sint-Felixpakhuis diende U de laagste regelmatige offerte in.

Om budgettaire redenen kan deze aanneming dit jaar niet in zijn geheel worden gegund. Ten einde binnen de voorziene kredieten te blijven stelt ons bestuur

voor de toewijzing van hoofdstuk 5 - Dakwerken en afvoer, ten bedrage van 17.579.032 Bef exclusief BTW, uit te stellen tot 2001.

Het voorlopige gunningsbedrag van de werken bedraagt dan :

142.489.902 Bef - 17.759.032 BEF (hoofdstuk 5) =
124.910.870 BEF + 26.231.283 BEF BTW 21 % =
151.142.153 BEF.

Begin volgend jaar zal het college zich uitspreken over de gunning van het saldo.

Kunt u instemmen met deze werkwijze?";

dat de verzoekende partij haar akkoord met de voormelde vraagstelling meedeelt bij aangetekende brief van 9 januari 2001; dat de andere inschrijvers met latere brieven van 30 januari 2001 ervan op de hoogte gebracht worden dat "de werken" worden toevertrouwd aan de verzoekende partij en dat hun offerte niet in aanmerking is genomen; dat in zitting van 7 maart 2001 het college van burgemeester en schepenen beslist om ook deel B van de eerste fase van de voormelde opdracht ditmaal onder een "voorbehoud" dat verband houdt met de financiering, toe te wijzen aan de verzoekende partij, tegen een prijs van 17.759.032 frank + 3.729.397 frank BTW; dat in die beslissing sprake is van "het hoofddossier" dat zich op het provinciebestuur bevindt in verband met de toekenning van een restauratiepremie en de noodzaak dat "voor de toekenning van de definitieve premie, het provinciebestuur over een gunningsbesluit van deel B (moet) beschikken"; dat tussen partijen niet wordt betwist dat deze beslissing niet is betekend aan de verzoekende partij;

Overwegende dat op 11 april 2001 het college van burgemeester en schepenen besluit hetgeen volgt :

"Artikel 1

Het college beslist terug te komen op het besluit van 7 maart 2001 waarbij de werken onder voorbehoud werden gegund aan de NV Strabag te Antwerpen tegen 151.142.153 BEF, 21 % BTW inbegrepen.

Artikel 2

Het college beslist, naar aanleiding van opmerkingen van het Provinciebestuur en het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, de eerste fase

voor restauratie en verbouwing van het Sint-Felixpakhuis te Antwerpen, Godefriduskaai 30, te gunnen aan de nv P. Roegiers & C° 37, 9150 Kruibeke (BTW-nr. 405.800.983), tegen 123.425.448 BEF + 25.919.344 BEF BTW 21 % = 149.344.792 BEF.

Artikel 3

Het college beslist fase 1 deel B - hoofdstuk 5, dakwerken en dakwaterafvoer - te gunnen aan de nv P. Roegiers & C° Burchtstraat 98 te 9150 Kruibeke (BTW-nr. 405.800.983), tegen 15.639.593 BEF + 3.284.315 BEF BTW 21 % = 18.923.908 BEF, onder voorbehoud van goedkeuring van de begrotingswijziging 3 door de hogere overheid";

dat het college hierbij onder meer de volgende motivering geeft :

"(...)

Feiten en context

Om budgettaire redenen werd de aanneming gesplitst in twee delen.

De beschikbare kredieten van het dienstjaar 2000 werden aangewend om deel A van de werken te gunnen.

Deel B werd uitgesteld tot 2001. Het omvat de werken van hoofdstuk 5 - Dakwerken en dakwaterafvoer, ten bedrage van 15.639.593 BEF + BTW.

Het hoofddossier bevindt zich momenteel op het provinciebestuur in verband met de toekenning van een restauratiepremie. Voor de doorzending van het dossier aan het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap voor de toekenning van de definitieve premie, moet het provinciebestuur over een gunningsbesluit van deel B beschikken.

Het uitgestelde hoofdstuk moet bijgevolg zo spoedig mogelijk worden gegund.

Gelet op het verslag van 8 maart 2001 van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap en het verslag van 6 maart 2001 van het provinciebestuur, dienst werken en infrastructuur, wordt de gunning aan de firma nv Strabag te Antwerpen als ongunstig geadviseerd.

(...)

Argumentatie

Terug te komen op het college besluit van 7 maart 2001 fase 1 deel b gegund onder voorbehoud aan de firma Strabag te Antwerpen.

Uit het omstandig verslag van 6 maart 2001 van de Dienst Werken en Infrastructuur van het Provinciebestuur blijkt dat de twee laagste inschrijvers, zijnde de firma's NV P. Roegiers & C° en de tijdelijke vereniging AB-Cosmico, door het bestuur als onregelmatig werden afgewezen vanwege het feit dat de brandvertragende schildering van de te dragen staalconstructie niet in hun prijs inbegrepen was.

De NV Roegiers beweert dat de teksten in verband met de brandwerende schildering, van het bestek dubbelzinning zijn en dat het Provinciebestuur zich aansluit bij deze stelling.

Op vraag van het studiebureau Atenco, werd een prijsverantwoording voor de brandwerende schildering van de dragende staalconstructies gevraagd aan de nv Roegiers te Kruibeke die daarvoor een eenheidsprijs heeft opgegeven van 1.975 BEF/m².

De inschrijving van AB-Cosimco is niet conform.

Op vraag van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap moet het stadsbestuur de gunning herzien en de aanneming gunnen aan de NV P. Roegiers & C^o te Kruibeke tegen 123.425.488 BEF + BTW.";

dat de partijen niet blijken te betwisten dat de aangehaalde beslissingen van 11 april 2001 nog niet zijn betekend;

Overwegende dat de verzoekende partij er van uitgaat dat, wat het deel A van de eerste fase van de opdracht betreft, er tussen haar en de verwerende partij een overeenkomst is tot stand gekomen en de beslissing tot toewijzing betreffende dat deel niet rechtsgeldig kon worden ingetrokken; dat de verwerende partij ter terechtzitting zulks tegenspreekt en meer in het bijzonder ontkent dat de bedoelde overeenkomst reeds zou zijn tot stand gekomen; dat de verzoekende partij in haar derde middel in dat verband gewag maakt van een "automatisch recht op gunning van de opdracht", gesteund op artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, dat door de voormelde intrekking zou zijn geschonden;

Overwegende dat aldus wat de toewijzingsbeslissing van het vermelde deel A aan de tussenkomende partij betreft -de eerste bestreden beslissing- de vordering de Raad van State tot een rechtmatigheidstoetsing noopt waarbij de vraag niet lijkt te kunnen worden ontweken, of de verwerende partij gerechtigd was op de toewijzing van dat deel A aan de verzoekende partij "terug te komen" onder verwijzing

naar "een voorbehoud" en naar een klaarblijkelijk verkeerd gedateerde beslissing van "7 maart 2001"; dat het antwoord op deze vraag vooreerst een al dan niet uitdrukkelijke beslissing lijkt te vereisen betreffende de eventuele totstandkoming van de overeenkomst betreffende het voormelde deel A van de in het geding zijnde opdracht, aangezien het ontstaan van die overeenkomst alvast voorwerp is van betwisting tussen partijen en voorts wezenlijk tot een uitspraak lijkt te verplichten betreffende de eventuele schending van rechten uit die overeenkomst; dat dergelijke te beslechten betwistingen krachtens de artikelen 144 en 145 van de Grondwet tot de bevoegdheid van de gewone rechter lijken te behoren;

Overwegende dat uit hetgeen vooraangaat volgt dat de exceptie van onbevoegdheid te dezen een hoge graad van ernst vertoont die de Raad van State ertoe brengt zich niet bevoegd te achten voor de nietigverklaring, en bijgevolg evenmin voor de schorsing van de tenuitvoerlegging van de eerste bestreden beslissing;

Overwegende, wat de tweede en de derde bestreden beslissing betreft, deze slechts betrekking hebben op een relatief klein deel van fase 1 van de opdracht en geen elementen van de nadeelsbeschrijving van de verzoekende partij in verband kunnen worden gebracht met dit deel van de opdracht; dat deze nadeelsbeschrijving zich immers richt naar de grote financiële omvang en het prestige van het gehele project; dat aldus, wat de tweede en de derde bestreden beslissing betreft, niet is aangetoond dat de vordering voldoet aan een van de door artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State gestelde voorwaarden om tot schorsing van de tenuitvoerlegging te kunnen besluiten, namelijk dat de onmiddellijke

tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

Overwegende dat dienvolgens de vordering in haar geheel dient te worden verworpen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV ROEGIERS & C° in de schorsingsprocedure wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

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

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure, bepaald op vijftuizend frank, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare
terechtzing, op veertien mei 2001, door :

de H. D. VERBIEST,
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.