RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 53.396 van 19 mei 1995
in de zaak A. 63.684/IV-15.108.

In zake : 1. de s.a. SECO DG, vennootschap naar Frans recht,
2. de n.v. SOLUXTRAFER BELGIUM,
3. de s.a. DEHE COGIFER TF, vennootschap naar Frans recht,
4. de n.v. EFAC ONDERNEMINGEN,
5. de n.v. TAVEIRNE,
die woonplaats kiezen bij
Advocaat C. DE WOLF,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Tervurenlaan 268 A

tegen :

de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (N.M.B.S.),
die woonplaats kiest bij
Advocaat bij het Hof van Cassatie Ph. GERARD en Advocaat K. RONSE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Louizalaan 523.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE IVe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de s.a. SECO DG, vennootschap naar Frans recht, de n.v. SOLUXTRAFER BELGIUM, de s.a. DEHE COGIFER TF, vennootschap naar Frans recht, de n.v. EFAC ONDERNEMINGEN en de n.v. TAVEIRNE op 16 mei 1995 hebben ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging wegens uiterst dringende noodzakelijkheid te vorderen van "de beslissingen van de N.M.B.S. om enerzijds de procedure van beperkte offerteaanvraag nr. TR 93/041 - projecten 1311-1312-1313 stop te zetten en de werken opnieuw aan te besteden, en anderzijds de procedure van de onderhandse opdracht te verkiezen na aanvraag van prijzen";

Gelet op de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, inzonderheid op de artikelen 17 en 18;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 17 mei 1995 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 19 mei 1995;

Gehoord het verslag van Staatsraad M.-R. BRACKE;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat C. DE WOLF, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en van Advocaat K. RONSE, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur J. STEVENS;

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

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

1.1. Met het oog op het houden van een beperkte offerteaanvraag voor de werken voor de H.S.T.-lijn Brussel-Franse grens, bestaande uit de aanleg van een dubbel spoor en spoorinstallatie en het aanleggen van de ballast op drie op elkaar aansluitende gedeelten van de hoge snelheidsspoorlijn van de Franse grens tot Antoing (± 15 km), van Antoing tot Brugelette (± 28 km) en van Brugelette tot Lembeek (± 30 km), doet de N.M.B.S. in 1993 een voorafgaande oproep tot mededinging. De uiterste datum van ontvangst van aanvragen voor deelneming is vastgesteld op 3 december 1993.

1.2. In januari 1995 wordt aan de geselecteerde kandidaten het bestek toegezonden. De N.M.B.S. wordt aangeduid als "maître de l'ouvrage", de n.v. TUC RAIL, blijkbaar een zusterfirma van de N.M.B.S., als "maître d'oeuvre".

Onder meer worden de wet van 14 juli 1976 en het koninklijk besluit van 22 april 1977 toepasselijk verklaard.

De criteria voor de gunning zijn :

1. de technische waarde
2. de economische waarde.

1.3. De opening van de inschrijvingen heeft plaats op 3 maart 1995. Volgende tijdelijke ondernemingen dienen een inschrijving in :

1. de t.v. STRUKTON-WEISS : 194.000.000 fr.
2. de t.v. G.V.L.B. gevormd door de verzoekende partijen : 409.000.000 fr.
3. de t.v. DENYS-COMSA : 435.000.000 fr.
4. de t.v. ETWAL - FRATEUR DE POURCQ - DROUARD - TRAVAUX DU SUD-OUEST : 479.000.000 fr.

De raming bedraagt 454.000.000 fr.

1.4. Blijkens een nota van het Departement Infrastructuur van 28 april 1995 werden de inschrijvingen grondig onderzocht zowel op technisch vlak als op het vlak van bijzondere eisen van het bestek.

Volgens de verzoekende partijen zouden over die onderzoeken rapporten bestaan.

Wat uit evengenoemde nota blijkt is dat de inschrijvingen van de t.v. STRUKTON-WEISS en van de t.v. DENYS-COMSA niet conform zijn bevonden en dat na verbetering de inschrijvingsbedragen van de t.v. G.V.L.B. en van de t.v. ETWAL - FRATEUR DE POURCQ - DROUARD - TRAVAUX DU SUD-OUEST zijn vastgesteld op respectievelijk 414.651.504 fr. en 475.050.950 fr.

In dezelfde nota wordt gesteld :

"Ondertussen is evenwel gebleken dat de NMBS niet bij machte is om het nodige personeel voor de technische opvolging van de werf te laten tussenkomen en dat het personeel verantwoordelijk voor de werktuigen zal moeten worden opgeëist voor de controle- en opvolgingstaken. Bijgevolg moeten de voorwaarden van het bestek, dat de terbeschikkingstelling voorzag van de NMBS-tuigen en hun personeel aan de aannemer, fundamenteel worden gewijzigd. De impact van die wijziging op het bedrag van de opdracht wordt geraamd op 70 mln BEF.

Bovendien zal de keuze van de aanlegmethode de gelijktijdige uitvoering van andere aannemingen in dezelfde zone en een zeer strakke planning dienen te waarborgen.

Kortom, er dringt zich een heraanbesteding op.

Gezien de planning voor de aanleg van de hogesnelheidslijn, is uiterste spoed vereist en wordt er voorgesteld om een onderhandse opdracht uit te schrijven conform artikel 17, § 2, 6° van de wet van 14 juli 1976".

1.5. Op 28 april 1995 besluit het "Directiecomité" :

"- Aangezien gebleken is dat de NMBS niet bij machte is om het nodige personeel voor de technische opvolging van de werf te laten tussenkomen en dat het personeel verantwoordelijk voor de werktuigen zal moeten worden opgeëist voor de controle- en opvolgingstaken, en bijgevolg de voorwaarden van het bestek, dat de terbeschikkingstelling voorzag van de NMBS-tuigen en hun personeel aan de aannemer, fundamenteel moeten worden gewijzigd;
- aangezien de keuze van de aanlegmethode de gelijktijdige uitvoering van andere aannemingen in dezelfde zone, volgens een zeer strakke planning, moet waarborgen;

beslist het Directiecomité dat de procedure voor de gunning van bovengenoemde opdracht moet worden herbegonnen.

Gezien de uiterste spoed die voor de aanleg van de hogesnelheidslijn tussen de Franse grens en Lembeek vereist is, zal het Directiecomité het akkoord van het Beperkt Comité vragen voor de toepassing van de onderhandse procedure voor de gunning van de genoemde opdracht".

1.6. Op dezelfde datum neemt het "Beperkt Comité" de volgende beslissing :

"Rekening houdend :

- met het feit dat de voorwaarden van het bestek moeten worden gewijzigd wat betreft de terbeschikkingstelling van NMBS-werktuigen en personeel, dat de toe te passen werkmethode de gelijktijdige uitvoering van andere aannemingen in dezelfde zone, volgens een zeer strakke planning, dient te waarborgen, en dat bijgevolg beslist werd de procedure voor de gunning van de opdracht te herbeginnen;
- met de dringendheid van de beschouwde opdracht, die onder meer voortvloeit uit :
  - de planning der werken van de diverse specialiteiten, die zeer verweven is en een nauwkeurige coördinatie vereist ten einde de uitvoering mogelijk te maken binnen het korte tijdsbestek dat nog rest tussen het terbeschikkingstellen van de beddingen (ten laatste op 15.9.1995) en de datum van indienstname van de hogesnelheidslijn (2.6.1996);
  - de toewijzing van de opdrachten voor de plaatsing van de bovenleidingen en de uitrusting van de seininrichting, die reeds gebeurd is, zodat de NMBS zich reeds voor de bovenvermelde planning tegenover de respectieve aannemers geëngageerd heeft;
  - de internationale afspraken met betrekking tot de indienstname van de hogesnelheidslijn;
  - de termijnen nodig voor de uitvoering van de voorbereidende activiteiten alsook de minimumtermijn die nodig is om de aannemer in staat te stellen zich te organiseren, waardoor de contractuele uitvoeringstermijn ten laatste op 15.7.1995 moet starten;

gaat het Beperkt Comité akkoord met de toepassing van de onderhandse procedure voor de gunning van de werken voor plaatsing van sporen en spoortoestellen voor de hogesnelheidslijn L1 tussen de Franse grens en Lembeek".

1.7. Met een telefax van 4 mei 1995 zendt de verwerende partij aan de t.v. G.V.L.B. met als adres de maatschappelijke zetel van de s.a. SOLUXTRAFER BELGIUM n.v. volgend bericht :

> "Par la présente, nous vous informons que la SNCB a décidé de ne pas donner suite à l'appel d'offres restreint du 3 mars 1995, compte tenu des modifications essentielles apportées au projet (contraintes de planning et de logistique)".

Met een telefax van dezelfde datum deelt de verwerende partij aan de tweede, de derde en de vijfde verzoekende partij mede :

> "Nous vous informons que les travaux vont prochainement être remis en adjudication sous forme de marché de gré à gré après demande de prix.
> Pour votre gouverne les dates d'envoi de la demande de prix et de remise des offres sont prévues respectivement pour les 5 mai et 22 mai 1995".

1.8. Op 5 mei 1995 ontvangen de verzoekende partijen het nieuwe bestek.

1.9. Met een brief van 10 mei 1995 vragen de verzoekende partijen om mededeling "par façon précise" van de motieven van de hen medegedeelde beslissingen.

1.10. Met een brief van 12 mei 1995 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mede :

> "La SNCB a estimé que pour les projets 1311,1312,1313 une remise en adjudication s'impose.
> En effet, il s'avère que le personnel affecté aux engins SNCB devra être requisitionné pour les tâches de contrôle et de suivi du chantier. Par conséquent, les conditions du cahier spécial des charges, qui prévoyaient la mise à disposition de l'adjudicataire de nos engins avec leur personnel, doivent être fondamentalement modifiées.
> L'impact de cette modification sur le montant du marché est considérable.
> De plus, le choix de la méthode de pose devra garantir l'exécution simultanée d'autres entreprises dans la même zone ainsi que le respect d'un planning très serré.

Vu le planning de réalisation de la ligne à grande vitesse, l'urgence est requise. Le choix de la procédure de gré à gré est justifié par cette urgence (art. 17, §2, 6° de la loi du 14 juillet 1976)".

2.1. Overwegende dat de verwerende partij opwerpt dat de verzoekende partijen niet aantonen dat zij onmiskenbaar de opdracht in de wacht hadden moeten slepen, noch dat zij die kans verliezen door de nieuwe gunningsprocedure daar zij samen met de andere deelnemers aan de beperkte offerteaanvraag werden uitgenodigd om deel te nemen aan de onderhandse procedure; dat zij hieruit een exceptie van onontvankelijkheid van de vordering put;

2.2. Overwegende dat uit de nota van 28 april 1995 van het Departement Infrastructuur blijkt dat twee van de vier ingediende inschrijvingen onregelmatig waren en dat de inschrijvingsprijs van de verzoekende partijen ongeveer 60.000.000 fr. lager lag dan die van de andere regelmatig bevonden inschrijver; dat de economische waarde één van de twee gunningscriteria was; dat bij gebreke van overgelegde stukken niet kan worden nagegaan hoe de technische waarde - het tweede criterium - van beide inschrijvingen werd beoordeeld; dat, wanneer het inderdaad zo is dat op grond van de schaarse gegevens niet kan worden uitgemaakt of de verzoekende partijen "onmiskenbaar" de opdracht in de wacht hadden moeten slepen, het evenzeer vaststaat dat hun kans hiertoe minstens één op twee was; dat door die procedure stop te zetten en deze te herbeginnen op onderhandse wijze, waarbij voor de toewijzing aan de overheid een ruimere discretionaire bevoegdheid wordt toegekend - zo zijn in het nieuwe bestek de twee in het vorige bestek opgenomen gunningscriteria weggevallen - en waarbij de verwerende partij opnieuw de vier oorspronkelijke inschrijvers, dus ook diegenen wier inschrijving onregelmatig was bevonden, heeft uitgenodigd, de kans op het verkrijgen van de

opdracht voor de verzoekende partijen aanzienlijk wordt verminderd; dat de exceptie niet kan worden aangenomen;

3. 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 akte of verordening kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden akte of verordening een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

3.1. Overwegende dat in het eerste annulatiemiddel de verzoekende partijen de schending aanvoeren van artikel 15, § 1 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; dat zij betogen dat de in de brief van 12 mei 1995 medegedeelde motieven feitelijk niet correct zijn en dat de beslissing tot stopzetting van de procedure niet rechtsgeldig verantwoord kan worden; dat zij betogen dat de beweerde fundamentele wijzigingen niet fundamenteel zijn, dat het weglaten van de clausule naar luid waarvan de verwerende partij toestellen met personeel ter beschikking zou stellen geen nieuwe procedure behoefde daar artikel 8 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 aan het bestuur de bevoegdheid toekent om eenzijdig de initiële opdracht te wijzigen zonder het voorwerp ervan te raken, dat een dergelijke weglating kan worden gecompenseerd door een prijssupplement, dat beide bestekken reeds in een gelijktijdige uitvoering van andere werken op de terreinen voorzagen, dat het nieuwe bestek wel bepaalde methodes aanbeveelt, verduidelijkt en andere verbiedt, doch dat tal van deze "methodologische" en technische verduidelijkingen reeds in de offerte van de verzoekende partijen waren opgenomen, dat het nieuwe bestek wel een kortere termijn voor het indienen van de officiële

planning vastlegt, doch dat anderzijds zij vaststellen dat het nieuwe bestek de mogelijke termijn van onderbreking van de werken verhoogt met honderd dagen, het begin van de werken verschuift van 15 juni naar 15 juli 1995 en de maximale termijn van "interval" tussen de werken beschreven op pagina 37 verdubbelt;

3.2. Overwegende dat de verwerende partij betoogt dat de in het bestek aan te brengen fundamentele wijzigingen de bestreden beslissingen verantwoorden; dat het oorspronkelijk bestek voorzag in een terbeschikkingstelling door de verwerende partij aan de aannemer van personeel en van speciale werktuigen die door dat personeel zouden worden bediend, dat zij evenwel voor de uitvoering van dezelfde werken, in het kader van hetzelfde bestek, personeel ter beschikking diende te stellen van de n.v. TUC RAIL voor het uitvoeren van het toezicht op de werken en dat tegen haar verwachtingen in is gebleken dat er niet tijdig voldoende personeel voor het toezicht op de werken zou kunnen worden vrijgemaakt, zodat het personeel dat aan de aannemer zou worden ter beschikking gesteld diende te worden ingeschakeld voor een andere taak, dat zo er geen personeel was om de werktuigen te besturen, het ook niet wenselijk was de werktuigen op zich, zonder personeel, ter beschikking te stellen, dat de impact van die wijziging op het inschrijvingsbedrag werd geraamd op ongeveer 70.000.000 fr. hetgeen duidt op een fundamentele wijziging; dat zij doet gelden dat een wijziging van het bestek tevens werd verantwoord door nieuwe bepalingen met betrekking tot het naleven van een striktere planning als gevolg van een gelijktijdige uitvoering van verschillende werken in dezelfde zone;

3.3.1. Overwegende dat de stukken die door de verwerende partij aan de Raad ter beschikking zijn gesteld zijn : de bijzondere bestekken, de inschrijving van de verzoekende partijen, de briefwisseling met de verzoekende partijen waarvan sprake in het overzicht van de gegevens, de nota van 28 april 1995 van het Departement Infrastructuur en de beslissingen van diezelfde datum van het Directiecomité en van het Beperkt Comité; dat de Raad van State in het ongewisse wordt gelaten over de verslagen aangaande het onderzoek van de inschrijvingen waarvan sprake in de nota van 28 april 1995 en waarop ook door de verzoekende partijen in hun verzoekschrift wordt gealludeerd, dat hij er het raden naar heeft hoe de verwerende partij schijnbaar plots, op 28 april 1995, tot de bevinding komt dat zij niet bij machte is om het nodige personeel voor de technische opvolging van de werf "te laten tussenkomen", ofschoon het eerste bestek slechts dateert van januari 1995 en de opening van de inschrijvingen plaatshad op 3 maart 1995; dat het in de huidige stand van de procedure ook niet duidelijk is waarom de verwerende partij dat probleem diende op te lossen door een nieuwe procedure met gewijzigd bestek, daar blijkens de bijlage 4 bij het bestek de prijzen voor die prestaties waren vastgesteld, voor het geval dat het in het bestek bepaald aantal prestaties zou worden overschreden; dat, in acht genomen het gegeven dat ook in het vorig bestek een bepaling was opgenomen dat gelijktijdige aannemingen in dezelfde zone zouden worden uitgevoerd, het vooralsnog evenmin duidelijk is waarom met het oog op de eerbiediging van een striktere planning de termijn voor het indienen van de officiële planning van 30 dagen werd gebracht op 20 dagen terwijl anderzijds, zoals de verzoekende partijen stellen, de termijn van mogelijke onderbreking van de werken werd verhoogd met 100 dagen, de aanvang van de werken met een maand werd verdaagd en sommige "maximale termijnen van interval" werden verdubbeld;

3.3.2. Overwegende dat de onvolledigheid van het dossier en de vragen die de handelwijze van de verwerende partij oproept, de Raad niet toelaten na te gaan of de motieven die de verwerende partij aanvoert ter verantwoording van haar beslissing tot stopzetting van de procedure van beperkte offerteaanvraag en de procedure te herbeginnen, die beslissingen rechtsgeldig kunnen schragen; dat dienvolgens het middel, waarmee de verzoekende partijen die handelwijze als onwettig aanmerken, in de huidige stand van de procedure niet van alle ernst is ontbloot;

3.4.1. Overwegende wat het voor de schorsing vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel betreft, dat de verzoekende partijen met reden betogen dat door de bestreden beslissingen hun kans op het verkrijgen van de opdracht ten bedrage van meer dan 400 miljoen frank aanzienlijk vermindert en dat zij een uiterst waardevolle referentie dreigen te verliezen, te weten het eerste deel van het Belgische hogesnelheidsnet, die bij de volgende gunning een technisch en economisch voordeel zal opleveren;

3.5.1. Overwegende dat in acht genomen het gegeven dat de inschrijvingen voor de onderhandse opdracht moeten worden ingediend uiterlijk op 22 mei 1995 en dat, gelet op de ingeroepen urgentie, de toewijzing van de opdracht en de betekening ervan zeer vlug kunnen geschieden, een gewone schorsingsprocedure niet zal volstaan om het moeilijk te herstellen ernstig nadeel te voorkomen;

3.5.2. Overwegende dat de verwerende partij vruchteloos betoogt dat de verzoekende partijen te lang hebben gewacht met het instellen van hun vordering, daar zij reeds op 4 mei 1995 in kennis werden gesteld van de bestreden beslissingen; dat, immers, in de brieven van 4 mei 1995 de verzoekende partijen niet op afdoende

wijze werden ingelicht over de motieven van de beslissingen; dat zij op eigen aandringen, met een brief van 12 mei 1995 ietwat meer informatie ontvingen zonder evenwel in het bezit te worden gesteld van de notulen van 28 april 1995 en dat zij met de vereiste spoed reeds op 16 mei 1995 hun vordering hebben ingediend;

3.6.1. Overwegende dat de verwerende partij de Raad ook vraagt aan belangenafweging te doen en alzo aandacht te hebben voor het feit dat het project voor de aanleg van een hogesnelheidslijn een internationaal project is, dat, indien het vertraging oploopt een belangrijk impact kan hebben op de openbare financiën en op de werken uit te voeren door andere betrokken landen;

3.6.2. Overwegende dat het project voor de aanleg van de hogesnelheidslijn reeds vertraging heeft opgelopen door de vooralsnog onwettig bevonden beslissing om niet toe te wijzen op grond van de eerste procedure : alzo werd de aanvang van de werken reeds verdaagd tot 15 juli 1995; dat, zolang de verwerende partij niet naar genoegen van recht aantoont dat die beslissing een rechtsgeldige beslissing is, zij ook niet aantoont dat zij in het kader van de eerste procedure niet tot toewijzing van de opdracht kan overgaan; dat daarenboven de voorlopige schorsing nog moet worden bevestigd binnen 45 dagen; dat de verwerende partij niet concreet aantoont dat een schorsing met zulk een beperkte draagwijdte "een belangrijk impact kan hebben op de openbare financiën en op de werken uit te voeren door andere betrokken landen", te meer daar in het nieuw bestek de verwerende partij wat haar betreft langere termijnen van onderbreking der werken heeft toegekend,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Bevolen wordt de voorlopige schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissingen van de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (N.M.B.S.) "om enerzijds de procedure van beperkte offerteaanvraag nr. TR 93/041 - projecten 1311-1312-1313 stop te zetten en de werken opnieuw aan te besteden, en anderzijds de procedure van de onderhandse opdracht te verkiezen na aanvraag van prijzen".

Artikel 2.

De zaak zal opnieuw worden opgeroepen op de openbare terechtzitting van 13 juni 1995, om 9.30 uur.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op negentien mei 1900 vijfennegentig, door de IVe kamer, die was samengesteld uit :

Mevr. M.-R. BRACKE, staatsraad, wnd. voorzitter,
S. VAN AELST, griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

S. VAN AELST. **M.-R. BRACKE.**