

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 203.347 van 29 april 2010
in de zaak A. 195.736/XII-6131**

In zake: de NV WYCOR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Jozef Timmermans
kantoor houdend te Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de HULPKAS VOOR WERKLOOSHEIDSUITKERINGEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Teerlinck
kantoor houdend te Turnhout
de Merodelei 112
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 5 maart 2010, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van verwerende partij d.d. 12 februari 2010 om ‘overeenkomstig artikel 18 van de wet van 24 december 1993 (...) de opdracht niet te gunnen’”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 april 2010.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jozef Timmermans, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Peter Teerlinck, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De Hulpkas voor Werkloosheidsuitkeringen schrijft een aanbesteding uit voor renovatiewerken aan een gebouw gelegen te Brussel, Brabantstraat 62.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 2 juni 2009 en in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen op 3 juni 2009. De waarde van de opdracht wordt geraamd op 5.316.398,96 euro, btw niet inbegrepen.

3.3. De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bijzonder bestek “Renovatie Kantoorgebouw HVW/CAPAC Sint-Joost-Ten-Node”, nr. 0832 HUKA, Ruwbouw en Afwerking.

3.4. Zes inschrijvers, waaronder de verzoekende partij en de nv CIT Blaton, dienen een offerte in.

3.5. Bij brief van 2 september 2009 vraagt de verwerende partij aan de nv CIT Blaton een aantal ontbrekende documenten betreffende het veiligheids- en gezondheidsplan. Deze worden haar toegezonden met een brief van 14 september 2009.

3.6. In een eerste aanbestedingsverslag van 14 september 2009 wordt voorgesteld om de opdracht toe te wijzen aan de nv CIT Blaton.

3.7. Op 8 oktober 2009 deelt de verwerende partij aan de overige inschrijvers mee dat de opdracht werd toegewezen aan een andere inschrijver en wordt een kopie van het gunningsverslag van 14 september 2009 bezorgd.

3.8. De verzoekende partij stelt hierop een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van State. In het kader van deze procedure blijkt dat de opdracht vooralsnog niet werd toegewezen. Bij arrest nr. 197.690 van 10 november 2009 wordt de vordering om die reden zonder voorwerp verklaard, en worden de kosten van het beroep ten laste gelegd van de verwerende partij.

3.9. Op 6 november 2009 bezorgt de nv CIT Blaton nog een bijkomend document inzake veiligheid en gezondheid aan de verwerende partij.

3.10. Op diezelfde datum stelt de veiligheidscoördinator een bijkomend verslag op, als aanvulling op zijn eerste verslag van 17 augustus 2009.

3.11. Eveneens op 6 november 2009 wordt nog een nieuw gunningsverslag opgesteld.

3.12. Op 20 november 2009 beslist de verwerende partij om de opdracht toe te wijzen aan de nv CIT Blaton.

Deze beslissing wordt diezelfde dag meegedeeld aan de niet gekozen inschrijvers.

3.13. Op 3 december 2009 stelt de verzoekende partij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in tegen de toewijzingsbeslissing van 20 november 2009.

3.14. Bij arrest nr. 199.283 van 29 december 2009 beveelt de Raad van State de schorsing van voormelde beslissing.

3.15. Op 12 februari 2010 beslist de verwerende partij om de beslissing van 20 november 2009 in te trekken en overeenkomstig artikel 18 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de opdracht niet te gunnen.

3.16. Intussen wordt door de verwerende partij een nieuwe gunningsprocedure opgestart. De nieuwe opdracht, die eveneens zal worden gegund bij openbare aanbesteding, wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 9 maart 2010.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4. Overeenkomstig artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging 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.

V. Beoordeling van de eerste schorsingsvoorwaarde

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. Het eerste middel luidt:

“Schending van artikel 18, eerste lid, van de Wet van 24 december 1993 en het materieel motiveringsbeginsel;
Doordat de Bestreden Beslissing wordt gesteund op de vaststelling dat ‘er geen budgettaire dekking is om de opdracht toe te wijzen aan WYCOR’, niettegenstaande, enerzijds, in de begroting 2010 van Verwerende Partij kredieten ten bedrage van 3.575.489,29 EUR werden vastgelegd voor (de betaling van) de uitvoering in 2010 van de Opdracht en, anderzijds, wanneer Verzoekende Partij zowel het basislot als het duurste voorwaardelijk lot in 2010 uitvoert, er op voormelde kredieten nog steeds een reserve van 566.726,04 EUR overblijft voor eventuele onvoorziene omstandigheden of meerwerken;
Terwijl een beslissing om af te zien van het gunnen van een opdracht moet steunen op draagkrachtige motieven die in feite en in rechte juist zijn”.

Vervolgens geeft de verzoekende partij een “voorafgaandelijke toelichting omtrent de op verwerende partij toepasselijke regels inzake de opmaak van begrotingen”, en verwijst daarbij ook naar toepasselijke “bestuursovereenkomsten”.

Voorts probeert zij over een aantal bladzijden aan te tonen dat uit de op de verwerende partij toepasselijke begrotingsregels blijkt dat haar begroting éénjarig is. Aangezien in de begroting van 2010 van de verwerende partij kredieten ten bedrage van 3.575.489,29 euro werden vastgesteld voor de betaling van de uitvoering in 2010 van de opdracht, dekt dit bedrag volgens de verzoekende partij ruimschoots de waarde van het gedeelte van de vaste schijf dat zij in 2010 zou uitvoeren. Meer nog, wanneer de verzoekende partij zowel het basislot als het duurste voorwaardelijke lot in 2010 uitvoert, zou er volgens haar op voormelde kredieten nog steeds een reserve van 566.726,04 euro overblijven voor eventuele onvoorziene omstandigheden of meerwerken.

6. De verwerende partij gaat er in haar nota van uit dat de verzoekende partij een ordonnanceringskrediet verwacht met een vastleggingskrediet, en stelt dat te dezen gewerkt is met “gesplitste kredieten” die beide bevatten. Zij poogt zulks op haar beurt cijfermatig aan te tonen en komt zelfs tot de conclusie dat “de overschrijding door verzoekende partij nog hoger is dan in de beslissing tot niet-gunning is aangegeven, namelijk 3.806.864 euro (incl. BTW)”.

Beoordeling

7.1. Krachtens artikel 18, eerste lid, van de voornoemde wet van 24 december 1993 mag een aanbestedende overheid zowel afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze, zij het dat zij daarbij niet willekeurig mag te werk gaan en die beslissing moet steunen op deugdelijke motieven die de beslissing kunnen dragen.

7.2. Uit de bestreden beslissing blijkt dat de opdracht om de volgende redenen niet wordt toegewezen:

“Gelet op het gegeven dat de budgettaire imputatie voor uitvoering in 2010 rekening hield met de gunning van de vaste schijf voor het bedrag van maximaal 3.575.489,29 euro inclusief btw;

Gelet op het gegeven dat de HVW als goede huisvader in dit bedrag van 3.575.489,29 euro reeds een reserve heeft opgenomen, omwille van eventuele onvoorziene omstandigheden of eventuele meerwerken in het kader van artikel 42 AAV (KB 26 september 1996), of dat één van de voorwaardelijke schijven waarvoor prijs is gegeven nog in dit budget kan opgenomen worden;

Gelet op het gegeven dat het bedrag van de vaste schijf van Wycor van 3.713.497,45 incl. btw de budgettaire limiet overschrijdt met 138.008,16 euro en dit zonder enige budgettaire reserve in meer, en er zelfs geen enkele

mogelijkheid bestaat om een gedeelte van de voorwaardelijke schijven in dit budget op te nemen, dient op heden vastgesteld te worden dat er geen budgettaire dekking is om de opdracht toe te wijzen aan Wycor”.

7.3. Het betoog van de verwerende partij lijkt prima facie het motief van de bestreden beslissing te kunnen ondersteunen. Een decisief standpunt daaromtrent kan echter slechts worden bepaald na studie van de op de verwerende partij toepasselijke begrotingsregels enerzijds en van de diverse concrete begrotingsbeslissingen, afgezet op een tijdslijn, anderzijds.

Een dergelijk onderzoek kan niet worden verwacht van de Raad van State in het kader van een behandeling van een vordering tot schorsing. In een dergelijke procedure moet, om een middel ernstig te kunnen bevinden, de grief vrijwel na eerste lectuur van het middel aanvaard kunnen worden, hetgeen te dezen dus niet het geval is.

Het middel kan daarom niet ernstig worden bevonden.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. Het tweede middel wordt als volgt verwoord:

“Schending van het gelijkheidsbeginsel, het mededingingsbeginsel, het zorgvuldigheidbeginsel en het materieel motiveringsbeginsel;

Door Verwerende Partij in haar begroting 2010 kredieten op maat van de offerte van een bepaalde inschrijver heeft vastgelegd, nog vóór het nemen van de beslissing tot toewijzing van de Opdracht aan deze inschrijver, dus per definitie vóór het verstrijken van de wachttermijn van artikel 21bis van de Wet van 24 december 1993 en dus a fortiori voordat Uw Raad zich heeft kunnen uitspreken over de prima facie (on)wettigheid van de gunningsbeslissing; Verwerende Partij zich bovendien ter motivering van de Bestreden Beslissing beroept op deze vastlegging van kredieten op maat van een bepaalde inschrijver;

Terwijl een aanbestedende overheid inschrijvers op gelijke en niet-discriminerende wijze moet behandelen, in alle fasen van de gunningsprocedure gelijke kansen voor de inschrijvers moet verzekeren, de reële concurrentie dient te bevorderen en zich dient te onthouden van favoritisme onder welke vorm ook; een aanbestedende overheid haar beslissingen bovendien draagkrachtig dient te motiveren, wat onder meer inhoudt dat de opgenomen motieven in rechte juist en aanvaardbaar dienen te zijn”.

Beoordeling

9. Uit de door de verwerende partij als vertrouwelijk neergelegde vergelijkende prijzentabel met detail van de vaste en voorwaardelijke schijven van de offertes van de verschillende inschrijvers lijkt het dat diverse offertebedragen binnen het meervermeld bedrag van 3.575.489,29 euro, btw inbegrepen, vallen. Om die reden lijkt op het eerste gezicht te moeten worden vastgesteld dat de bewering van de verzoekende partij dat de verwerende partij in haar begroting 2010 kredieten op maat van de offerte van één welbepaalde inschrijver zou hebben vastgelegd, op welke premisse het gehele tweede middel is gesteund, feitelijke grondslag mist.

Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

10. In het derde middel wordt ten slotte de schending aangevoerd van “het zorgvuldigheidsbeginsel en het zuinigheidsbeginsel”, overeenkomstig welke beginselen de aanbestedende overheid volgens de verzoekende partij zo doelmatig en economisch mogelijk dient te handelen.

Niettegenstaande volgens de verzoekende partij te dezen de verwerende partij de opdracht kon toewijzen aan een inschrijver die haar verzekerde de werken te kunnen uitvoeren zonder een verlenging van de oorspronkelijk vooropgestelde huurtermijn van het gebouw (met jaarlijkse vervaldag op 1 september), naar welk gebouw de verwerende partij diensten met het oog op de uitvoering van de werken reeds heeft verhuisd, opteerde de verwerende partij om af te zien van de gunning van de opdracht, waardoor ofwel de verhuis van haar diensten compleet nutteloos wordt, ingeval de verwerende partij geen nieuwe opdracht in mededinging zou stellen, ofwel minstens één bijkomende jaarlijkse huurtermijn zal aanvangen vóór de voleindiging van de werken, ingeval de verwerende partij wel degelijk een nieuwe opdracht in mededinging zou stellen.

Daarnaast wijst de verzoekende partij erop dat haar offerte ruim 900.000 euro “beterkoop” was dan de eigen raming van de verwerende partij.

Beoordeling

11. Ook wat het derde middel betreft lijkt de verzoekende partij impliciet te vertrekken van het uitgangspunt dat het motief van de stopzettingsbeslissing dat “er geen budgettaire dekking is om de opdracht toe te wijzen aan Wycor” onjuist zou zijn, welke premisse niet is aangetoond, zoals is gebleken uit de hiervoor gemaakte vaststellingen.

Voorts is het inherent aan het stopzetten van een aanbestedingsprocedure dat de opdracht aan niemand wordt toegewezen, ook niet aan de (prima facie) laagste regelmatige inschrijver.

Tevens kan met de verwerende partij worden aanvaard dat het op het ogenblik van het sluiten van de betrokken huurovereenkomst niet kon worden voorzien dat deze overeenkomst mogelijks zou moeten worden verlengd of verbroken ten gevolge van een stopzetting van de eerste procedure en het uitschrijven van een nieuwe aanbestedingsprocedure.

Op het eerste gezicht wordt ten slotte niet aangetoond dat de verwerende partij, in het licht van de bestaande budgettaire toestand op 12 februari 2010 bij het nemen van de stopzettingsbeslissing, niet zorgvuldig en zuinig zou hebben gehandeld, nu de stopzettingsbeslissing precies is gesteund op het feit dat, in geval van toewijzing van de opdracht aan de verzoekende partij in het kader van de eerste procedure, de verwerende partij met deze uitgave het vastgestelde krediet zou overschrijden.

Ook het derde middel is niet ernstig.

12. Nu geen van de middelen ernstig is bevonden is meteen niet voldaan aan één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die cumulatief moeten zijn vervuld wil een vordering tot schorsing worden toegewezen. Deze vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 29 april 2010,
door de Raad van State, XIle kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest