

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 144.276 van 10 mei 2005
in de zaak A. 161.676/XII-4431.**

In zake : de BVBA GARAGE DE WOLF,
die woonplaats kiest bij
advocaten C. De Wolf en C. Peeters,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6

tegen :

de POLITIEZONE “KLEIN-BRABANT”,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. Aerts,
kantoor houdende te Gent,
Coupure 5.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de BVBA Garage De Wolf op 13 april 2005 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing van het Politiecollege van Verwerende Partij d.d. 7 maart 2005 [...] om de offerte van Verzoekende Partij voor de opdracht inzake ‘verslepingen op het grondgebied van de politiezone Klein-Brabant’ [...] niet te weerhouden”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 13 april 2005 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 3 mei 2005, om 10.30 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten C. De Wolf en C. Peeters, die verschijnen voor de verzoekende partij, en van advocaat P. Aerts, 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. De gegevens van de zaak.

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

In zitting van 7 december 2004 beslist de Politieraad van de Politiezone Klein-Brabant om bij wijze van onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking een opdracht te gunnen “met als voorwerp het aanduiden van een takeldienst voor de verslepingen van voertuigen”.

In artikel 2 van deze beslissing wordt “de geraamde kostprijs bepaald op 67.000 euro”. De BTW is daarbij niet inbegrepen.

Volgens het bestek gaat het om een aanneming van diensten met als voorwerp het “takelen van voertuigen op de openbare weg op vraag van de lokale politie van de politiezone Klein-Brabant voor de duur van één jaar” waarbij de opdracht driemaal stilzwijgend verlengd kan worden met een jaar (bestek, blz. 2, deel 1, algemene bepalingen).

Deel 2 van het bestek bevat de administratieve contractuele bepalingen waaronder de bepaling dat bij toewijzing van de opdracht de dienstverlener een borg zal stellen ten belope van 5 % van zijn vergoeding op jaarbasis, die “geraamd” wordt op 67.000 euro, BTW niet inbegrepen (art. 3, blz. 5).

Bij brief van 10 januari 2005 worden Carrosserie Ceurstemont, Takeldienst De Doncker en verzoekende partij aangeschreven met bijgevoegd het bestek.

De eerste laat weten niet geïnteresseerd te zijn. De tweede en derde dienen tijdig een offerte in.

In een brief van 8 februari 2005 vraagt de raadsman van de verzoekende partij de verwerende partij om onverwijld het bestek op drie punten aan te passen.

Tevens wordt het recht voorbehouden om de toepassing van de onderhandelingsprocedure in vraag te stellen nu “de opdracht mogelijks drie jaar kan omvatten, wat vragen oproept in de mate de toepassing van die procedure zou gesteund zijn op het geraamde bedrag van de aanneming.

In een gunningsverslag van 21 februari 2005 wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan Takeldienst De Doncker, “tegen de in de offerte vermelde tarieven, zijnde het door Detabel meegedeelde tarief”. Er wordt voorgesteld de offerte van de verzoekende partij niet in aanmerking te nemen, enerzijds, omdat deze niet volledig is nu een attest van Vega Services en niet van Detabel wordt voorgelegd en de verzoekende partij aldus niet, zoals vereist, gedetailleerd aantoont te voldoen aan de uitbatingsvoorwaarden en, anderzijds, omdat niet blijkt te zijn voldaan aan de besteksbepalingen inzake de bewaarplaats met verwijzing naar een advies van de provincie Antwerpen.

Onder verwijzing naar dit gunningsverslag beslist het politiecollege op 7 maart 2005 om de opdracht voor de duur van één jaar, stilzwijgend verlengbaar met driemaal één jaar, te gunnen aan takeldienst De Doncker.

Met een aangetekend verzonden brief, gedateerd 10 maart 2005, - op de rode kaart is naast het kantoor van afgifte 14 maart 2005 vermeld terwijl de poststempel van terugzending 16 maart 2005 vermeldt; het ontvangstbewijs zelf is niet gedagtekend - wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat op 7 maart 2005 werd beslist haar offerte “niet te weerhouden”. Er wordt geen beroepsmogelijkheid vermeld noch een wachtperiode.

Met een telefax en een aangetekende brief van 21 maart 2005 die verwijst naar de voornoemde brief van 10 maart 2005 vraagt de raadsman van de verzoekende partij om binnen 15 dagen de motieven voor niet-selectie mede te delen en om, indien de toewijzingsbeslissing nog niet zou zijn betekend, deze niet te laten plaatsvinden binnen een termijn van 10 dagen volgend op de kennisgeving van de genomen gunningsbeslissing.

Met een aangetekend verzonden brief van 31 maart 2005 deelt de verwerende partij mee dat de toewijzingsbeslissing nog niet werd betekend alsmede de twee motieven waarom de verzoekende partij niet werd “weerhouden”, alsook volgens deze brief het voornoemde advies van de provincie Antwerpen. Er wordt

geen beroepsmogelijkheid vermeld noch enige wachtperiode. Het ontvangstbewijs van deze kennisgeving is niet gedagtekend maar de poststempel van terugzending vermeldt op 1 april 2005;

2. De grondvoorwaarden tot schorsing.

2.0. Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

2.1.1. Overwegende, wat de eerste en de derde voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij betreffende het nadeel betoogt dat de bestreden beslissing met zich meebrengt dat zij op definitieve wijze de mogelijkheid wordt ontzegd om de in het geding zijnde opdracht te verkrijgen, die een belangrijke opdracht is voor de ondernemingen in de sector en een belangrijke referentie; dat zij voorts verwijst naar het risico, dat de bestreden toewijzingsbeslissing aan de gekozen inschrijver zou worden betekend en aldus een overeenkomst tot stand zou komen; dat zij het beroep op de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid verantwoordt door te verwijzen naar haar diligent optreden;

2.1.2. Overwegende dat de verzoekende partij zich in wezen beroept op de mogelijkheid om zelf de opdracht te kunnen uitvoeren, hetgeen zij door de gevraagde schorsing wil vrijwaren; dat door de betekening van de voornoemde toewijzingsbeslissing, tussen de verwerende partij en de gekozen inschrijver inderdaad een overeenkomst zou tot stand komen tengevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, gevestigd bij arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de Algemene vergadering van de afdeling administratie, een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen; dat het bestaan van die overeenkomst de betrachting van de verzoekende partij om zelf de opdracht nog uit te voeren ernstig zou bemoeilijken en een mogelijk herstel in natura verderaf zou brengen; dat aldus moet worden aanvaard dat de verzoekende partij, mede gelet op de niet geringe omvang van de in het geding zijnde opdracht en zijn specifiek karakter, door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden

beslissing het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan; dat voorts, door het feit dat zij niet wist of de voormelde betekening nakend was, kan worden aanvaard dat zij een beroep deed op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, zij het dat zij de reden daartoe opneemt in de beschrijving van het nadeel; dat de verwerende partij niet kan worden bijgevalen waar deze tegenwerpt dat de verzoekende partij te lang heeft gewacht met het instellen van haar vordering; dat immers lijkt te mogen worden aanvaard dat de brief van 31 maart 2005 waarmee aan de verzoekende partij de motieven van de bestreden beslissing werden medegedeeld, op 1 april 2005 door haar in ontvangst is genomen zodat met het verzoekschrift, op 13 april 2005 aan de Raad toegezonden, de vordering met de nodige diligentie is ingesteld; dat aldus aan de eerste en aan de derde voorwaarde van het voormelde artikel 17 is voldaan;

2.2.1. Overwegende wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending inroept onder meer van artikel 17, § 2, 1°, a), van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten alsook de schending van artikel 120 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; dat zij daartoe betoogt hetgeen volgt :

“Met het oog op de toewijzing van de Opdracht heeft Verwerende Partij, in haar hoedanigheid van aanbestedende dienst, toepassing gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Hoewel in het Bestek geen motivering is opgenomen om de toepassing van de onderhandelingsprocedure te rechtvaardigen, mag worden aangenomen dat de toepassing van de onderhandelingsprocedure verantwoord is op grond van artikel 17, § 2, 1°, a) van de Wet van 24 december 1993.

Deel 2 ('Administratieve contractuele bepalingen') van het Bestek vermeldt onder randnummer 3. 'Borgtocht' :

'Bij toewijzing zal de opdracht van de dienstverlener een borg stellen ten belope van 5 % van zijn vergoeding op jaarbasis welke geraamd wordt op 67.000 euro (excl. B.T.W.)'.

M.a.w., uit deze bepaling blijkt dat de jaarlijkse waarde van de te begeven Opdracht door Verwerende Partij wordt geraamd op EUR 67.000.

Deel I ('Algemene bepalingen') van het Bestek stelt onder randnummer 1.3.1. ('Voorwerp') :

'Takelen van voertuigen op de openbare weg op vraag van de lokale politie van de politiezone Klein-Brabant voor de duur van één jaar.

De opdracht kan driemaal stilzwijgend verlengd worden met een jaar.'

M.a.w., de totale looptijd van de Opdracht belooft maximaal vier jaar.

In een dergelijke veronderstelling vereist artikel 54 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 dat de totale (maximale) duur van de Opdracht in aanmerking wordt genomen om te bepalen :

[...]
of de onderhandelingsprocedure kan worden toegepast met het oog op de toewijzing van de Opdracht (artikel 120 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996)”;

2.2.2. Overwegende dat de verwerende partij antwoordt, samengevat, dat het voorwerp van de opdracht slechts de overeenkomst van bepaalde duur, hier 1 jaar, omvat, en dat de termijnen van eventuele stilzwijgende verlenging niet mee in rekening moeten worden gebracht, dat het bedrag van 67.000 euro vooropgesteld is, eerder om aan te geven dat dit bedrag, rechtvaardigingsgrond voor de toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, zeker niet overschreden zou worden dan om een juiste waarde te benaderen aangezien het onmogelijk is op de opdracht een juist bedrag te kleven en ten slotte dat de opdracht niet de begroting van de verwerende partij belast aangezien de kosten worden gerecupereerd via het parket, verzekeringsmaatschappij of eigenaar;

2.2.3. Overwegende dat krachtens artikel 17, § 2, 1°, a), van de wet van 24 december 1993 er bij onderhandelingsprocedure kan gehandeld worden zonder naleving van bekendmakingsregels doch, indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstverleners, indien de goed te keuren uitgave de bedragen, zonder B.T.W., vastgelegd door de Koning niet overschrijdt; dat het bedoelde bedrag in artikel 120 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 thans bepaald is op 67.000 euro, en getoetst wordt, voor aanneming van diensten volgens de regels vastgesteld door artikel 54 van het besluit; dat dit artikel in zijn vijfde lid bepaalt dat het geraamde bedrag van de overheidsopdrachten voor aanneming van diensten die geen totale prijs vermelden, zoals te dezen, als volgt wordt bepaald :

“1° bij een opdracht met een bepaalde duur, die gelijk is aan of korter dan achtenveertig maanden, op grond van het totaalbedrag van de opdracht voor de gehele looptijd;

2° bij een opdracht van onbepaalde duur of waarvan de duur langer is dan achtenveertig maanden, op grond van het geraamde maandelijks bedrag vermenigvuldigd met achtenveertig”;

dat het zesde lid bepaalt dat in geval van opdrachten “die met een zekere regelmaat worden gegund of die zijn bestemd om gedurende een bepaalde periode te worden herhaald”, het geraamde bedrag slaat op

“1° ofwel het totale werkelijke bedrag van alle tijdens het voorafgaande boekjaar of de voorafgaande twaalf maanden voor dezelfde categorie van diensten geplaatste

- soortgelijke opdrachten, indien mogelijk gecorrigeerd op grond van verwachte wijzigingen in hoeveelheid of waarde gedurende de twaalf maanden volgende op de eerste opdracht;
- 2° ofwel het geraamde totale bedrag van de opdrachten over de twaalf maanden volgend op de eerste prestatie of, over de volledige looptijd van de opdracht, indien deze meer dan twaalf maanden bedraagt”;

Overwegende dat de verzoekende partij ervan uitgaat, hetgeen de verwerende partij niet betwist, dat het voormelde artikel 17, § 2, 1°, a), de grondslag is voor de in het geding zijnde onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking gelet op het feit dat de borgstelling in het bestek bepaald is op 5 % van de vergoeding op jaarbasis die geraamd wordt op 67.000 euro BTW niet inbegrepen; dat zulks ook de geraamde waarde van de opdracht is, zoals vermeld in het besluit van de politieraad van 7 december 2004;

Overwegende dat in dat verband, voor het al dan niet toepasselijk zijn van dit artikel 17, § 2, 1°, a), niet de “geraamde waarde” bepalend is maar wel de “goed te keuren uitgave”, die echter noch in het gunningsverslag noch in de toewijzingsbeslissing is bepaald; dat daarin enkel wordt verwezen naar de in de offerte meegedeelde tarieven, namelijk deze van VZW Detabel, respectievelijk het door Detabel meegedeelde tarief; dat dienvolgens in de huidige procedure geen andere waarde voorligt dan de voormelde “geraamde waarde” om de voornoemde rekenregels op toe te passen;

Overwegende dat niet lijkt te mogen worden voorbijgegaan aan de bestekbepaling dat de opdracht drie maal stilzwijgend verlengbaar is voor een jaar; dat daardoor de duur van het contract, zelfs na stilzwijgende verlenging, in ieder geval beperkt lijkt tot 4 jaar; dat aldus het voornoemde artikel 54, vijfde lid, 1°, toepasselijk blijkt en bijgevolg rekening gehouden moet worden met de waarde op grond van het totaalbedrag van de opdracht “voor de gehele looptijd”, of te dezen 268.000 euro; dat in de huidige stand van het geding, die stelling het meest rechtsbescherming lijkt te bieden; dat immers de andere stelling zou veronderstellen dat een afgewezen inschrijver elk jaar moet nagaan of de opdracht stilzwijgend werd verlengd en zo ja wat alsdan de prijs is die aan de opdracht moet worden verbonden;

dat het aldus niet lijkt dat de voorwaarden voor de toepassing van het in het middel geschonden geacht artikel 17 in zijn § 2, 1°, a), vervuld waren; dat schending van dat

artikel lijkt aangetoond en het middel in zoverre ernstig is zodat de gehele gunningsprocedure die uitliep op de toewijzingsbeslissing, inbegrepen het niet in aanmerking nemen van verzoekers offerte, gevitieerd lijkt;

2.3. Overwegende dat aldus is voldaan aan de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het politiecollege van de politiezone “Klein-Brabant” van 7 maart 2005 waarbij de offerte van de BVBA Garage De Wolf inzake de verslepingen op het grondgebied van de politiezone Klein-Brabant “niet [werd] weerhouden”, zoals deze is verwoord in de brief van 31 maart 2005 van het politiecollege aan BVBA Garage De Wolf.

Artikel 2.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op tien mei 2005, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.