

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 100.084 van 23 oktober 2001
in de zaak A. 104.709/XII-3101.**

In zake : 1. de NV COSIMCO,
 2. de NV HOUBEN,
 samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaat C. DE WOLF,
 kantoor houdende te MAARKEDAL,
 Etikhovestraat 6

tegen :

de Regie der Gebouwen,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. VAN DER STRATEN,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
Mechelsesteenweg 120, bus 4.

tussenkommende partijen :

1. de NV Bouwonderneming Raoul VANDEREYDT,
2. de NV MOESKOPS' Bouwbedrijf,
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap,
die woonplaats kiezen bij
advocaat H. BERGHS,
kantoor houdende te HASSELT,
Guffenslaan 84.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV COSIMCO en de
NV HOUBEN op 16 mei 2001 hebben ingediend om de schorsing te vorderen van
de tenuitvoerlegging van :

"- de beslissing van 7.03.2001 waarbij de heer Rik Daems, Minister van
Telecommunicatie, Overheidsbedrijven en Participaties heeft beslist om een

overheidsopdracht voor aanneming van werken met als referentie Leuven :
Financien - AC - Pleinstraat 135.

Lot 1 - Binnenrenovatie - Bijzonder bestek 00/21.2401/037A - Renovatie
Philipstoren

in het kader van een openbare aanbesteding te gunnen aan Belanghebbende
Partij;

- de impliciete afwijzingsbeslissing van Verwerende Partij waarbij de opdracht
niet wordt gegund aan Verzoekende Partij";

Gezien het op 18 mei 2001 ingediende verzoekschrift, waarbij
dezelfde verzoekende partijen de nietigverklaring vorderen van dezelfde
beslissingen;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. STEVENS;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 13 september 2001 waarbij de
terechtzitting bepaald wordt op 25 september 2001;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. VERBIEST;

Gehoord de opmerkingen van advocaat C. DE WOLF, die
verschijnt voor de verzoekende partijen, van advocaat P. VANDER STRAETEN,
die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat L. VAN HOUT, die loco
advocaat H. BERGHS verschijnt voor de tussenkomende partijen;

Gehoord het, wat het beschikkend gedeelte betreft, 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 NV Bouwonderneming Raoul VANDEREYT en de NV MOESKOPS' Bouwbedrijf met een verzoekschrift van 8 juni 2001 hebben gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat hun belangen worden geraakt door de uitkomst van de vordering zodat hun die tussenkomst wordt toegestaan;

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 beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

Overwegende dat het voorliggende geschil de schorsing betreft van een beslissing die betrekking heeft op een overheidsopdracht waaromtrent de overeenkomst reeds tot stand gekomen is; dat zulks door de verzoekende partijen niet wordt betwist en blijkt uit de aangetekende brief van 13 maart 2001 waarbij de goedkeuring van de offerte aan de tussenkomende partijen wordt betekend; dat de gevraagde schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen niet de schorsing zou meebrengen van de tot stand gekomen overeenkomst aangezien het tot de uitsluitende bevoegdheid van de gewone rechtbanken behoort om de uitvoering van een overeenkomst te schorsen;

Overwegende dat bijgevolg, zoals bij arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de algemene vergadering van de afdeling administratie van de Raad van State is gesteld, aldus het nadeel waardoor de verzoekende partijen aanvoeren bedreigd te zijn, niet kan worden tenietgedaan of vermeden door een schorsingsarrest van de Raad van State;

Overwegende dat aan de tweede door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden niet is voldaan; dat die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen;

Overwegende dat de verzoekende partijen onder de hoofding van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel in hun verzoekschrift een uiteenzetting geven betreffende de rechtsbescherming, of het gebrek daaraan, dat zou voortvloeien uit de rechtspraak van de Raad van State betreffende dat nadeel, meer bepaald van de algemene vergadering van de afdeling administratie in het voormelde arrest nr. 87.983; dat zij nader betogen dat deze rechtspraak, op grond waarvan de tenuitvoerlegging van een toewijzingsbeslissing door de Raad van State niet wordt geschorst van zodra de overeenkomst betreffende de toegewezen opdracht is gesloten, niet verenigbaar zou zijn met het Europees Gemeenschapsrecht zoals het is vastgelegd in de richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken; dat de verzoekende partijen stellen dat immers de Raad van State als enige bevoegd is om de tenuitvoerlegging van beslissingen zoals de voormelde toewijzing te schorsen en verwijzen naar uitspraken van rechters van de rechterlijke orde zetelende in kort geding -één daarvan vermelden zij in hun verzoekschrift en één ter terechtzitting- die zich na schorsingsweigering van de Raad van State onbevoegd verklaren om uitspraak te doen over een gevraagde schorsing van de overeenkomst omdat zij dergelijk geschil als een betwisting over de geldigheid van een bestuurshandeling aanmerken en niet als een geschil over een aantasting van subjectieve rechten; dat de verzoekende partijen concluderen dat daarom de Raad van State te dezen gehouden is om de volgende prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen :

"(I) Is de rechtspraak van een Lid-Staat, waarbij een administratieve rechtsinstantie, die een exclusieve bevoegdheid bezit inzake de beoordeling van de door een administratieve overheid genomen beslissing in het kader van een gunningsprocedure betreffende overheidsopdrachten, een vordering tot

schorsing van een dergelijke administratiefrechtelijke beslissing verwerpt op grond van het enkele feit dat op basis van de bestreden beslissing een overeenkomst is ontstaan, verenigbaar met de aan een Lid-Staat toekomende verplichting inzake een doelmatige rechtsbescherming, zoals die zijn opgenomen in de bepalingen van de richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 en m.n. de verplichtingen opgenomen in artikel 1, § 1 en artikel 2, § 1, a) van voormelde richtlijn 89/665/EEG ?

(II) Schendt een Lid-Staat de haar op basis van de richtlijn 89/665/EEG toekomende verplichtingen inzake het organiseren van een doeltreffend en zo snel mogelijk beroep teneinde de naleving van de gemeenschapsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten te waarborgen wanneer zij door de uitlegging van door de wet gestelde schorsingsvoorwaarden de ontvankelijkheid van een vordering tot schorsing tegen een gunningsbeslissing als administratiefrechtelijke rechtshandeling in hoofde van de terzake exclusief bevoegde rechtsinstantie laat bepalen door het feit of al dan niet een overeenkomst is ontstaan en aldus enerzijds, geen enkele rechtsbescherming voorziet wat betreft de gunningsbeslissing voor gelaedeerde inschrijvers voorafgaand aan de tot standkoming van de overeenkomst, en, anderzijds, principieel verhindert dat na het ontstaan van de overeenkomst maatregelen of beschikkingen tussenkomen om de aanbestedingsprocedure of de tenuitvoerlegging van de door de aanbestedende diensten genomen beslissingen, op te schorten, c.q. te doen opschorten en, bijgevolg, elk recht op herstel in natura principieel uitsluiten ?";

Overwegende dat artikel 234, derde alinea, van het EG-verdrag de nationale rechterlijke instanties "waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep.." verplicht zich tot het Hof van Justitie te wenden wanneer vragen van uitlegging van het gemeenschapsrecht rijzen, indien zij een beslissing daarover noodzakelijk achten voor het wijzen van hun vonnis of arrest; dat de toepassing van die bepaling voor rechters zetelende in kort geding reeds voorwerp is geweest van uitspraken van het Hof van Justitie : op een prejudiciële vraag die specifiek op deze situatie betrekking had, heeft het Hof geantwoord "dat een nationale rechterlijke instantie niet gehouden is het Hof van Justitie een vraag betreffende uitlegging of geldigheid in de zin van (artikel 177 <nu artikel 234>) te stellen wanneer deze wordt opgeworpen in een summiere procedure ter verkrijging van een (beschikking in kort geding) zelfs wanneer tegen de in die procedure te nemen beslissing geen beroep openstaat, mits elk der partijen een geding ten gronde aanhangig kan maken of aanhangigmaking daarvan kan verlangen, waarin de in de summiere procedure voorlopig besliste vraag opnieuw kan worden onderzocht en krachtens (artikel 177 <nu artikel 234>) naar het Hof

kan worden verwezen" (H.v.J. 24 mei 1977, Hoffmann-La Roche, 107/76); dat later het Hof heeft gepreciseerd -in rechtspraak die overigens ook door de verzoekende partijen wordt aangehaald- dat aan de eisen van artikel 234, derde alinea, reeds wordt voldaan indien enkel de in het ongelijk gestelde partij een geding ten gronde kan aanhangig maken en dit dient te gebeuren "voor rechters die tot een andere tak van rechtspraak behoren dan de rechter in kort geding", mits alsdan de mogelijkheid bestaat de opgeworpen vragen van gemeenschapsrecht aan het Hof voor te leggen (H.v.J. 27 oktober 1982, Morson en Jhanjan, 35 en 36/82);

Overwegende dat in de lijn van deze rechtspraak de Raad van State, zetelend in het administratief kort geding, zich niet verplicht weet de door de verzoekende partijen gesuggereerde vragen te stellen; dat het de verzoekende partijen immers vrij staat, in een zaak zoals de voorliggende, waarin de overeenkomst betreffende de opdracht is gesloten, zich tot de natuurlijke rechters van de overeenkomst te wenden, meer bepaald de rechtbanken van de rechterlijke orde en bij die rechtbanken ook een gemeenrechtelijk kort geding aanhangig te maken; dat zij overigens slechts verwijzen naar twee uitspraken van dergelijke rechters en die jurisprudentie veralgemenende, er ten onrechte uit afleiden dat de door hen gewenste rechtsbescherming van die rechters absoluut niet te verkrijgen is; dat er alvast ook rechterlijke uitspraken voorhanden zijn die verzoekende partijen in verwante rechtsposities als deze van de huidige verzoekende partijen wel gehoor geven; dat ingeval de verzoekende partijen voor die rechtbanken toch niet de door hen gewenste rechtsbescherming verkrijgen, zij daar dan maar om de aangehaalde prejudiciële vragen moeten verzoeken; dat de Raad van State immers, mocht hij de vragen stellen, impliciet doch zeker zich over de bevoegdheid van de Hoven en Rechtbanken van de rechterlijke orde zou uitspreken, aangezien het daarin vervatte probleem van de rechtsbescherming in wezen voortvloeit uit een conflict met hetzelfde effect als een negatief attributieconflict op het vlak van de twee soorten kort geding, waarover niet de Raad van State maar het Hof van Cassatie lijkt te moeten oordelen; dat de verzoekende partijen overigens ten onrechte lijken aan te nemen dat de bevoegdheidsverdeling tussen de Raad van State en de kort geding rechters van de rechterlijke orde eenvoudig is indien wordt uitgegaan van

het in artikel 17, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State neergelegde principe, dat de Raad "als enige" de schorsing van de tenuitvoerlegging van een akte of reglement van een administratieve overheid kan bevelen; dat de Raad immers die bevoegdheid slechts mits naleving van een aantal beperkende voorwaarden mag uitoefenen : bijvoorbeeld de vernietigbaarheid van die akten of reglementen (artikel 17, § 1, eerste lid) en de na te leven grondvoorwaarden van de schorsing (artikel 17, § 2, van de voormelde wetten) namelijk het aanvoeren van een ernstig middel dat de vernietiging kan verantwoorden en de in de prejudiciële vragen aan de orde zijnde voorwaarde, dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden handelingen een moeilijk te herstellen nadeel "kan" berokkenen; dat dienvolgens, indien de vragen moeten gesteld worden, zulks lijkt te moeten gebeuren in een geding voor de rechtbanken van de rechterlijke orde, in voorkomend geval, uiteindelijk door het Hof van Cassatie; dat er bijgevolg geen reden is om in de huidige procedure van het administratief kort geding de prejudiciële vragen te stellen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Bouwonderneming Raoul VANDEREYT en de NV MOESKOPS' Bouwbedrijf in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure, bepaald op tienduizend frank, komen ten laste van de tussenkomende partijen, elk voor de helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op drieëntwintig oktober 2001, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.