

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 120.025 van 27 mei 2003
in de zaak A. 87.943/XII-2312.**

In zake : 1. René FEYFER,
 2. de CVBA FORMANOVA,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaat P. Theuwissen,
 kantoor houdende te 1080 Brussel,
 Schoonslaapsterstraat 29, bus 1

tegen :

de GEMEENTE KEERBERGEN,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. Erreygers,
kantoor houdende te Antwerpen,
Mechelsesteenweg 33.

tussenkommende partij :

de BVBA STUDIEBUREAU GVE,
die woonplaats kiest bij
advocaat V. Missoul,
kantoor houdende te Leuven,
Koning Albertlaan 186.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat René Feyfer en de CVBA Formanova op 18 november 1999 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :

- “1. de procedure betreffende een oproeping tot kandidatuurstelling/offerteaanvraag, aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 12 maart 1999, m.b.t. de opmaak van een studie van onderzoek naar de mogelijkheden tot verbouwing van het oud gemeentehuis en/of nieuwbouw op het perceel naast de gemeentelijke openbare bibliotheek, voor socio-culturele infrastructuur, het opmaken van het volledig dossier, evenals van het ontwerp-contract goedgekeurd bij besluit van de gemeenteraad van Keerbergen van 18 januari 1999 en het besluit van het College van burgemeester en schepenen van de gemeente Keerbergen van 8 juli 1999 waarbij een aantal weerhouden kandidaten worden uitgenodigd om een aantal punten te bespreken;
2. de beslissing dd. 26 augustus 1999 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Keerbergen, waarbij de BVBA GVE te Bertem wordt aangeduid als ontwerper voor de bouw van de

socio-culturele infrastructuur.”;

Gelet op het arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de Raad van State, algemene vergadering van de afdeling administratie, waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen wordt verworpen;

Gezien het verzoek van de verzoekende partijen tot voortzetting van de procedure;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van de BVBA Studiebureau GVE;

Gelet op de beschikking van 1 september 2000 die de tussenkomst van de BVBA Studiebureau GVE toelaat;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 4 december 2001 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 16 januari 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 25 februari 2003;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. Bally, die loco advocaat D. Erreygers verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat V. Missoul, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur W. Weymeersch;

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

1. Over de gegevens van de zaak.

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

1.1. De gemeenteraad van Keerbergen besluit op 18 januari 1999 een overheidsopdracht “van diensten voor studie van het onderzoek naar de mogelijkheden tot verbouwing van het oud gemeentehuis enerzijds en/of nieuwbouw op het perceel naast de gemeentelijke openbare bibliotheek, [...] anderzijds voor socio-culturele infrastructuur [en] het opmaken van een volledig dossier” te gunnen, “na het uitschrijven van een openbare procedure (offerte) overeenkomstig de wet van 24.12.1993 en het uitvoeringsbesluit van 08.01.1996” (artikelen 1 en 2 van het besluit). In een overweging wordt gesteld dat “rekening houdende met de aard en omvang van deze opdracht, het noodzakelijk is de bij de wet van 24.12.1993 voorziene openbare procedure toe te passen”.

De gemeenteraad keurt tevens een “bijgevoegd bestek” goed -in feite betreft het een project-overeenkomst- en een “verklaring van kwalitatieve selectiecriteria” (artikel 3 van het besluit).

1.2. Het college van burgemeester en schepenen besluit op 4 februari 1999 een oproepingsbericht voor kandidaat-ontwerpers te publiceren. In een overweging wordt verwezen naar het voornoemde besluit van 18 januari 1999 van de gemeenteraad waarbij, volgens die overweging “voorzien werd [dat] deze opdracht gegeven wordt bij onderhandelingsprocedure na algemene oproep tot kandidaat ontwerpers”. De publicatie gebeurt in de Bouwkroniek van 19 maart 1999 en in het Bulletin der Aanbestedingen van 2 april 1999. In het Bulletin is er niets bepaald inzake de wijze van gunning. In de Bouwkroniek is sprake van “gunningswijze : onderhandelingsprocedure na oproep kandidaat ontwerpers”.

1.3. Er worden 21 kandidaatstellingen ingediend.

Op 17 juni 1999 besluit het college acht kandidaten te selecteren en toe te laten tot de verdere procedure. Onder die acht bevindt zich de CVBA Formanova.

De geselecteerden worden met brieven van 23 juni 1999 uitgenodigd hun definitieve kandidaatstelling in te dienen uiterlijk op 7 juli 1999.

1.4. Op 8 juli 1999 besluit het college de zeven kandidaten, die deze definitieve kandidaatstelling hebben ingediend, uit te nodigen voor een gesprek. Zij worden uitgenodigd met brieven van 22 juli 1999.

Onderhandelingsgesprekken worden gevoerd op 9, 10 en 11 augustus 1999.

1.5. Op 26 augustus 1999 besluit het college de BVBA Studiebureau GVE als ontwerper aan te stellen.

1.6. Met een brief van 13 september 1999, ter post aangetekend op 22 september 1999, wordt aan de BVBA Studiebureau GVE medegedeeld dat zij als ontwerper werd aangesteld.

Met een brief van 13 september 1999, ter post aangetekend op 22 september 1999, wordt aan de CVBA Formanova een afschrift gezonden van de collegebeslissing van 26 augustus 1999.

1.7. Met een brief van 27 september 1999 vraagt de CVBA Formanova het verslag waarop de beslissing steunt. Dat wordt haar toegezonden met een brief van 5 oktober 1999, ter post aangetekend op 13 oktober 1999;

2. Over de excepties.

2.1. Overwegende dat de verwerende en de tussenkomende partij het belang bij het beroep betwisten van de eerste verzoeker, aangezien deze geen inschrijving heeft ingediend; dat de verzoekende partijen repliceren dat de eerste verzoeker zich eveneens als inschrijver beschouwt;

Overwegende dat de exceptie gegrond is; dat er maar één “kandidaatstelling” is ingediend, waarbij op de buitenomslag “Formanova” is vermeld, in het stuk zelf een beschrijving is vervat van de “samenstelling van het ontwerpteam” en daarbij bovenaan “Formanova cv” wordt vermeld, haar zetel, bestuurders, partners en medewerkers, participaties, omzetcijfers en werkmiddelen; dat er geen sprake is van de eerste verzoeker als inschrijver naast de voormelde inschrijver, die er een is met rechtspersoonlijkheid; dat aldus te dezen de eerste

verzoeker geen belang heeft bij het beroep, nu hijzelf in persoonlijke naam geen kandidaat was bij de in het geding zijnde procedure die heeft geleid tot de bestreden toewijzing; dat hetgeen volgt enkel nog mag worden betrokken op de tweede verzoekende partij;

2.2. Overwegende dat de verwerende partij in een exceptie betoogt dat het beroep laattijdig en dus niet ontvankelijk is wat betreft de aan de toewijzing voorafgaande oproeping tot kandidatuurstelling, de beslissing van de gemeenteraad van 18 januari 1999 betreffende de ontwerpovereenkomst en het besluit van het college van burgemeester en schepenen van 8 juli 1999 om zeven kandidaten voor een bespreking uit te nodigen;

Overwegende dat de verzoekende partij aan de procedure deelnam met een kandidaatstelling, gedateerd 7 april 1999; dat in een brief van 23 juni 1999 waarin haar kennis werd gegeven van het feit dat zij in het verder verloop van de procedure werd toegelaten na een eerste selectie, werd verwezen naar “het door de gemeenteraad goedgekeurd ontwerp-contract”; dat zij bij brief van 22 juli 1999 door het college van burgemeester en schepenen werd uitgenodigd voor een bespreking; dat in die brief naar de beslissing van het college van 8 juli 1999 werd verwezen;

Overwegende dat aldus moet worden aangenomen dat de verzoekende partij op 7 april 1999 vooreerst kennis had van de “procedure” waarop de aankondiging betrekking had, dat zij voorts na 23 juni 1999 binnen een redelijke termijn nadere kennis van de betrokken gemeenteraadsbeslissing van 18 januari 1999 had kunnen en moeten nemen, en dat zij ten slotte na 22 juli 1999 binnen een redelijke termijn nadere kennis van de beslissing van het college van 8 juli 1999 had kunnen en moeten nemen;

Overwegende dat daaruit voortvloeit dat op 18 november 1999, datum van het indienen van haar inleidend verzoekschrift, de verzoekende partij reeds ruim meer dan zestig dagen van de aangevochten “procedure” en beslissingen kennis had of minstens diende te hebben; dat, hoewel de verzoekende partij terecht stelt dat onrechtmatigheden die daaraan kleven, in principe kunnen worden aangevoerd bij het bestrijden van de toewijzingsbeslissing, deze “procedure” en beslissingen op 16 november 1999 zelf niet meer ontvankelijk kunnen worden aangevochten met een annulatieberoep, nu de in artikel 4 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad

van State gestelde termijn van zestig dagen is overschreden; dat de exceptie gegrond is; dat het beroep, wat zijn voorwerp sub 1. betreft, als niet ontvankelijk moet worden verworpen;

2.3. Overwegende dat de tussenkommende partij in een exceptie inroept dat het beroep niet ontvankelijk is aangezien de verzoekende partij voor de gewone rechter geen vernietiging heeft gevraagd van de overeenkomst die tussen de verwerende en de tussenkommende partij is totstandgekomen;

Overwegende dat de exceptie wordt verworpen; dat zij immers feitelijk grondslag mist, nu is gebleken, hetgeen ook door de tussenkommende partij ter terechtzitting niet meer wordt betwist, dat een dergelijke vordering wel is ingesteld;

3. Over de gegrondheid van het beroep.

3.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een eerste onderdeel van het eerste middel de schending inroept van de artikelen 13 en 17 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten

“Doordat de verwerende partij noch in de aankondiging van de opdracht tot dienstverlening bij wege van een 'oproep tot kandidatuurstelling', noch in de verdere afwikkeling van de gevolgde procedure, noch bij het nemen van de uiteindelijke gunningsbeslissing heeft kenbaar gemaakt welke gunningswijze zij wenste toe te passen, en de door haar gevolgde procedure aanvankelijk kenmerken droeg van een algemene, daarna van een bijzondere offerteaanvraag, doch in haar verdere afwikkeling is uitgemond in een soort verkapte onderhandelingsprocedure zonder dat overigens de toepassingsvoorwaarden voor een onderhandelingsprocedure aanwezig waren,

Terwijl de genoemde wet van 24 december 1993 in haar artikel 13 bepaalt dat overheidsopdrachten worden gegund bij aanbesteding of bij offerteaanvraag en zij slechts bij onderhandelingsprocedure kunnen worden gegund in de gevallen opgesomd in artikel 17 van dezelfde wet en de door de verwerende partij gegunde opdracht niet kan worden ondergebracht onder de door artikel 17 opgesomde gevallen,

En terwijl, wanneer bij de aanvang werd gekozen voor een offerteaanvraag, in de loop van de afwikkeling van de procedure deze niet zonder meer kan worden omgezet in een onderhandelingsprocedure”;

3.2. Overwegende dat de verwerende partij tegenwerpt, vooreerst, dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel, nu zij heeft deelgenomen aan de procedure en heeft onderhandeld met de verwerende partij zonder dat blijkt dat

zij daarbij enig nadeel heeft geleden; dat de verwerende partij voorts betoogt dat zij voor “de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking” als gunningswijze koos, een mogelijkheid die werd geboden door artikel 17, § 3, 4°, van de voormelde wet van 24 december 1993;

3.3.1. Overwegende dat de verzoekende partij geen belang bij het middelonderdeel mag worden ontzegd; dat een inschrijver er immers belang bij heeft dat de door het bevoegde orgaan gekozen gunningswijze wordt gevolgd en in het bijzonder dat een onderhandelingsprocedure, waar de discretionaire bevoegdheid van een opdrachtgevend bestuur ruimer is dan bij andere toewijzingsprocedures, en die slechts toegestaan is in de door de wet omschreven gevallen, op een wettige wijze gekozen en toegepast wordt;

3.3.2. Overwegende dat krachtens artikel 234, eerste lid, van de nieuwe gemeentewet, de gemeenteraad de wijze kiest waarop de opdrachten voor aanneming van werken, leveringen of diensten worden gegund en de voorwaarden vaststelt; dat te dezen de gemeenteraad op 18 januari 1999 besliste de betrokken opdracht te gunnen na een “openbare procedure (offerte) overeenkomstig de wet van 24 december 1993”; dat hierbij niet meteen duidelijk is voor welke procedure de gemeenteraad koos; dat uit het gebruik van het woord “offerte” kan worden afgeleid dat een offerte-aanvraag de voorkeur wegdroeg; dat voorts uit het herhaald gebruik van de woorden “openbare procedure” kan worden afgeleid dat voor een openbare offerte-aanvraag werd gekozen, en niet voor een beperkte offerte-aanvraag; dat echter in elk geval vaststaat dat, in tegenstelling tot hetgeen de verwerende partij in haar memorie van antwoord stelt, er geen enkele aanwijzing voorhanden is dat de gemeenteraad in de besproken beslissing koos voor een onderhandelingsprocedure met bekendmaking; dat pas in haar nota in de schorsingsprocedure de verwerende partij voor het eerst gewag maakt van die gunningswijze; dat juist niet blijkt dat voor die onderhandelingsprocedure is gekozen, aangezien in de gemeenteraadsbeslissing geen motief voorhanden is dat ondubbelzinnig verwijst naar de inpassing van die keuze in de beperkte gevallen waarin krachtens het voormelde artikel 17 van de wet van 24 december 1993 die onderhandelingsprocedure toegestaan is; dat niettemin het college heeft gehandeld alsof het een onderhandelingsprocedure met bekendmaking diende te organiseren; dat zulks blijkt uit de beslissing van 4 februari 1999 waarin van dergelijke “onderhandelingsprocedure” gewag wordt gemaakt, uit de aankondiging van dergelijke procedure in de Bouwkroniek en uit de concrete afwikkeling van de procedure; dat door op die wijze te handelen, het college de door het daartoe

bevoegde orgaan gekozen gunningswijze niet heeft gevolgd; dat de daaropvolgende en te dezen bestreden toewijzingsbeslissing door die onrechtmatigheid is gevitieerd; dat het middelonderdeel in die mate gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van 26 augustus 1999 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Keerbergen, waarbij de BVBA GVE te Bertem wordt aangewezen als ontwerper voor de bouw van de socio-culturele infrastructuur.

Artikel 2.

Het beroep wordt voor het overige verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 694,12 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 247,90 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
zevenentwintig mei 2003, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.