

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 133.390 van 30 juni 2004
in de zaak A. 63.423/XII-2962.**

In zake : de NV AQUATERRA,
die woonplaats kiest bij
advocaat V. Tollenaere,
kantoor houdende te Gent,
Koning Albertlaan 128

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat K. Ronse,
kantoor houdende te Brussel,
Louizalaan 149, bus 20.

tussenkommende partij :

de NV EUROSENSE BELFOTOP,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. D'Hooghe,
kantoor houdende te Brussel,
H. Wafelaertsstraat 47-51, bus 1.

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

Gezien het verzoekschrift dat de NV Aquaterra op 30 mei 1995 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissingen van de Vlaamse Regering van 18 januari 1995 waarbij :

1. haar goedkeuring wordt gehecht aan
 - 1.1. het ontwerp van bijakte nr. 2 tussen het Vlaamse Gewest en de NV Eurosense Belfotop bij de onderhandse overeenkomst d.d. augustus 1989 voor de 'uitvoering van aëroteledetectische waarnemingen langs de Belgische kust' met de NV Eurosense Belfotop (VR/94/21.12/DOC. 1071).
 - 1.2. het ontwerp van overeenkomst tussen het Vlaamse Gewest en de NV Eurosense Belfotop (cfr. document VR/94/16.11/DOC. 0825/1, gevoegd als bijlage bij bovengenoemde nota), inzake de terugvloei van een gedeelte van de winst op buitenlandse activiteiten.

2. machtiging wordt verleend aan de Vlaamse minister bevoegd voor openbare werken de sub 1.1. vermelde bijakte nr. 2, gezamenlijk met de sub 1.2. vermelde overeenkomst, te ondertekenen.
3. de Vlaamse minister bevoegd voor openbare werken gelast wordt, ten laatste op 01.07.1995, aan de Vlaamse Regering voorstellen voor te leggen inzake een begeleiding van de uitvoering van het contract door experts.
4. impliciet geweigerd werd om de overheidsopdracht in de bedoelde bijakte nr. 2 aan de verzoekende partij te gunnen.
5. beslist werd voor de overheidsopdracht tot uitvoering van aëroteledetectische waarnemingen langs de Belgische kust met ingang van een voor verzoekende partij onbekende datum in 1995 (vermoedelijk 01.07.1995) de onderhandse procedure bedoeld in artikel 17 van de Wet van 14 juli 1976 betreffende overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, te gebruiken.
6. beslist werd de te volgen onderhandse procedure zonder voorafgaande mededinging door raadpleging van meerdere aannemers, waaronder de verzoekende partij, te benaarstigen”;

Gelet op het arrest nr. 55.235 van 20 september 1995 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 6 november 1995;

Gelet op de beschikking van 13 december 1995 die de tussenkomst van de NV Eurosense Belfotop toelaat;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 20 maart 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 memorie van de verzoekende partij;

Gelet op de beschikking van 15 maart 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 27 april 2004;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat V. Tollenaere, die verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat V. Petitat, die loco advocaat K. Ronse verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat M. Gelders, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste 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 verwerende en de tussenkomende partij elk in een exceptie opwerpen dat de vordering te laat is ingesteld; dat de verwerende partij meer bepaald betoogt dat verzoekende partij het dossier van zeer nabij heeft gevolgd en gelet op de ruchtbaarheid die eraan in de pers is gegeven, de bestreden beslissing van 18 januari 1995 niet meer kan worden aangevochten op 30 mei 1995; dat de tussenkomende partij nader betoogt dat de beslissingen die, zoals de bestreden beslissingen, genomen zijn in een gunningsprocedure zoals de voorliggende niet dienden te worden bekendgemaakt en evenmin betekend en dienvolgens de termijn van de Raad van State een aanvang nam de dag nadat kennis is genomen van de bestreden beslissingen en zulks te dezen heeft plaatsgevonden onmiddellijk nadat ze waren genomen, gelet op de voormelde ruime weerklank in de media;

Overwegende dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord repliceert hetgeen volgt :

“De verzoekster is van oordeel dat de bestreden beslissing (minstens de afwijzingsbeslissing t.a.v. de verzoekster) wél aan haar moest betekend worden en betwist derhalve deze stelling.

De bestreden beslissing moest immers wel worden betekend aan de verzoekende partij om volgende redenen :

- de verzoekende partij heeft zich spontaan aangeboden voor deze gunning (zie schrijven van de verzoekende partij dd. 29.03.1993 en 28.07.1994 aan de verwerende partij - stukken nrs. 2 en 3 die niet in het administratief dossier zijn terug te vinden);

- de verwerende partij heeft de verzoekende partij verzocht om bepaalde informatie omtrent haar bekwaamheid in het kader van deze gunning, waarop de

verzoekende partij een antwoord heeft geformuleerd bij aangetekende brief van 10.12.1994 (stukken nrs. 4 en 6);

- deze feitelijke gegevens hebben in hoofde van de verzoekende partij een bepaalde én rechtmatige verwachting gecreëerd, meer bepaald dat zij in het kader van deze gunning kon mededingen en derhalve van het resultaat van deze mededinging zou op de hoogte worden gebracht;

- in hoofde van de verwerende partij hebben deze feitelijke omstandigheden overeenkomstig het zorgvuldigheidsbeginsel de verplichting opgelegd om de gegadigden, zoals de verzoekende partij, kennis te geven van de bestreden beslissing en zulks met het oog op rechtszekerheid zowel in hoofde van de verzoekende partij als in hoofde van de verwerende partij;

- deze kennisgevingsplicht spruit evenzeer voort uit het feit dat de bestreden beslissing belet heeft dat in hoofde van de verzoekende partij -als gegadigde- een bepaalde rechtstoestand (m.n. de toewijzing van de opdracht aan haar) is ontstaan;

- artikel 12 van de Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening voorziet dat de verwerende partij aan de verzoekende partij -als gegadigde- binnen de vijftien dagen na het verzoek tot informatie de redenen moest mededelen van de verwerping van haar aanvraag;

- als gegadigde diende de verzoekende partij -in de gegeven omstandigheden en al wordt in de overheidsopdrachtenwet niet uitdrukkelijk voorzien in een kennisgevingsplicht- de bestreden beslissing, minstens de naam van de gegunde en de reden van haar afwijzing, te worden betekend teneinde haar in de mogelijkheid te stellen om de kansen van welslagen van een eventueel annulatieberoep te bepalen. Indien dit verzuim niet de geldigheid van de bestreden beslissing zou aantasten, dan is het in elk geval zo dat tot aan de betekening van de bestreden beslissing en de daaraan verbonden motivering, de annulatietermijn t.a.v. de verzoekende partij niet kan aanvangen.

Aangezien de verwerende partij verzuimd heeft haar bestreden beslissing spontaan ter kennis te brengen van de verzoekende partij, heeft deze bij aangetekende brief van 22.03.1995 (stuk 7) aan de verwerende partij verzocht kennis te geven van de bestreden beslissing en de daaraan verbonden motivering. Bij brief van 30.03.1995 (stuk 1) kreeg de verzoekende partij officieel en voor het eerst kennis van de bestreden beslissing, doch niet van de daaraan verbonden motivering.

De loutere mededeling door de verwerende partij van (het feit dat) de bestreden beslissing werd genomen, volstaat op zich nog niet om de aanvang van de annulatietermijn te bepalen. Ingevolge de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen dient de verzoekende partij ook zodanig inzicht te krijgen in de motieven van de beslissing zodat zij in staat is terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen die beslissing te weren met de middelen die het recht haar verschaft. De Raad van State besliste reeds dat na kennisgeving van het feit dat een beslissing werd genomen (zonder mededeling van de beslissing zelf en van de motieven ervan) de betrokkene over een 'redelijke termijn' beschikt om de overheid te verzoeken die beslissing (met motieven) mede te delen [...].

De kennisgeving bij brief van 30.03.1995 heeft derhalve de annulatietermijn niet doen ingaan (zie ook artikel 19 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State dat bepaalt dat de verjaring van de annulatietermijn voor de Raad van State alleen een aanvang neemt op voorwaarde dat de betekening door de administratieve overheid van de individuele beslissing het bestaan van het annulatieberoep alsmede de in acht te nemen vormvoorschriften en termijnen vermeldt).

Het schorsingsberoep werd ingesteld bij aangetekende brief van 25.04.1995 en het vernietigingsberoep bij aangetekende brief van 30.05.1995.

Het beroep is in de gegeven omstandigheden dan ook tijdig ingesteld.

Zelfs in de veronderstelling dat de bestreden beslissing of minstens de afwijzing van de verzoekende partij, niet moest worden betekend aan de verzoekende partij (quod non), dan nog is het annulatieberoep tijdig ingesteld.

De annulatietermijn begint dan te lopen vanaf de feitelijke én volledige kennisneming -die voldoende precies moet zijn- van de bestreden beslissing.

In dit geval komt het aan de verwerende partij toe om het bewijs te leveren -en dit kan zij met alle middelen van recht- dat de verzoekende partij feitelijk kennis heeft genomen of kon krijgen van de bestreden beslissing meer dan zestig dagen voor het instellen van het annulatieberoep.

Dat bewijs wordt niet geleverd. Het is immers niet omdat de verzoekende partij 'de zaak van zeer nabij heeft gevolgd', omdat er 'voldoende ruchtbaarheid (werd) gegeven aan het contract binnen de pers' en omdat 'uit de briefwisseling van andere eventuele geïnteresseerde bedrijven blijkt dat iedereen er zeer goed van op de hoogte was' dat dit bewijs is geleverd.

De tussenkomenende partij verwijst in dat verband naar het interview met de gedelegeerd bestuurder van de verzoekende partij in het BRT-nieuwsprogramma Ter Zake van 25 januari 1995 doch resumeert de antwoorden van de gedelegeerd bestuurder volstrekt onjuist en uiteraard in die zin dat moet aangenomen worden dat het annulatieberoep onontvankelijk ratione temporis is.

Het enige wat toen door de gedelegeerd bestuurder van de verzoekende partij werd geantwoord is dat indien de bestreden beslissing zou zijn genomen (vanzelfsprekend had de verzoekende partij daar nog geen officiële kennis van gekregen op dat ogenblik), er dan zou onderzocht worden of en welke rechtsmiddelen daartegen zouden kunnen worden aangewend. Niet meer, niet minder.

Daarbij komt dat in die periode er minstens grote verwarring heerste over de kennelijk genomen beslissing en zulks zeker in hoofde van de verzoekende partij die binnen de redelijke termijn is gebleven om zich omtrent de juiste inhoud van de bestreden beslissing te informeren bij aangetekende brief van 22.03.1995 (stuk 7) :

- door een lid van de Vlaamse Raad werd een interpellatie ingediend op 17 januari 1995 welke in de Commissie Openbare Werken en Vervoer werd gehouden in de vergadering van 25 januari 1995 (stuk 28 & 29 administratief dossier);

- de verzoekende partij die door de verwerende partij verzocht werd bepaalde informatie te verschaffen m.b.t. haar bekwaamheid voor de uitvoering van de bedoelde opdracht (stuk 4) en die zij bij brief van 10.12.1994 heeft beantwoord (stuk 6) was in de rechtmatige verwachting, indien de bestreden beslissing formeel zou zijn genomen, daarover officieel in kennis te zullen worden gesteld door de verwerende partij;

- de verwerende partij had in zijn brief van 02.12.1994 zelf aangegeven dat de prestaties in het kader van deze gunning eerst 'zouden aanvangen tegen de lente 1995'.

- uit het administratief dossier blijkt dat de bestreden beslissing eerst bij aangetekende brief van 17 april 1995 aan de tussenkomenende partij werd betekend. Tot zolang zijn de (contractuele) rechten t.a.v. de tussenkomenende partij niet ontstaan en brengt de bestreden beslissing voor de verzoekende partij nog geen onmiddellijke rechtsgevolgen met zich mee (D'HOOGE, D., De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten en het toezicht door de raad van state en de gewone rechtbanken, Brugge, Die Keure, 1993, 605).

- hoewel de verzoekende partij in haar brief van 22.03.1995 uitdrukkelijk gevraagd heeft naar de kennisgeving van de bestreden beslissing én de motivering die eraan ten grondslag ligt, kreeg zij bij gewone brief van 30.03.1995 enkel de mededeling van de 'naakte' bestreden beslissing. Daarbij werd de verzoekende partij te kennen gegeven dat de bijakte nog niet

ondertekend was (stuk 1) en dus de bestreden beslissing nog niet was betekend aan de tussenkommende partij.

Ook in deze -door de verzoekende partij betwiste- veronderstelling werd het annulatieberoep tijdig ingesteld”;

Overwegende dat de verzoekende partij met haar vordering de nietigverklaring beoogt van de beslissing van 18 januari 1995 houdende de toewijzing, na onderhandse procedure, aan de tussenkommende partij, van de opdracht voor de uitvoering van aëroteledetectische waarnemingen langs de Belgische kust, vervat in de zogenaamde bijakte nr. 2, alsmede van beslissingen inherent aan of voortvloeiend uit die beslissing; dat op 19 april 1995 de verwerende partij de door haar ondertekende bijakte aan de tussenkommende partij heeft betekend; dat door die betekening de overeenkomst is tot stand gekomen;

Overwegende dat luidens artikel 4, derde lid, van het besluit van de regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State, het annulatieberoep verjaart zestig dagen nadat de bestreden beslissing werd bekendgemaakt of betekend en, indien die beslissing noch bekendgemaakt noch betekend dient te worden, de termijn van zestig dagen ingaat met de dag waarop de verzoekende partij kennis van de bestreden beslissing heeft gehad;

Overwegende dat te dezen de verzoekende partij ervan uitgaat dat “de bestreden beslissing (minstens de afwijzingsbeslissing t.a.v. de verzoekster)” aan haar diende te worden betekend; dat zij in die stelling echter niet kan worden bijgetreden; dat immers de in het geding zijnde opdracht voorwerp is van een onderhandse overeenkomst waaraan een bijakte wordt goedgekeurd door de bestreden beslissing; dat de op die beslissing van toepassing zijnde regelgeving betreffende de overheidsopdrachten geen bepaling bevat die de verplichting oplegt beslissingen zoals de bestreden beslissing, bekend te maken of te betekenen aan een onderneming zoals de verzoekende partij die belangstelling heeft betoond voor die overheidsopdracht; dat zij zich weliswaar met brieven van 9 april 1993 en 28 juli 1994 spontaan kandidaat heeft gesteld voor de opdracht; dat als reactie daarop echter enkel de brief van 2 december 1994 van de verwerende partij is gekomen waarbij aan de verzoekende partij informatie werd gevraagd omtrent haar eventuele bekwaamheid om de opdracht uit te voeren; dat uit haar antwoord van 10 december 1994 blijkt dat de verzoekende partij op die vraag niet wenste in te gaan; dat hieruit, in tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partij beweert, niet mag worden afgeleid dat

de verwachting werd gecreëerd dat zij mocht meedingen voor de opdracht en nog minder dat zij als gegadigde in de zin van artikel 12 van de door haar vermelde richtlijn 92/50/EEG van de Raad moest worden aangemerkt; dat immers, ongeacht de vraag of dat artikel op de betrokken onderhandse procedure zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht, van toepassing is, de verzoekende partij niet eens is ingegaan op de vraag betreffende haar bekwaamheid om de opdracht uit te voeren; dat dienvolgens de in artikel 12 vervatte mededelingsverplichting te dezen niet gold; dat dienvolgens de beroepstermijn voor de Raad van State een aanvang neemt met de dag waarop de verzoekende partij kennis had van de bestreden beslissing; dat artikel 19, tweede lid, van de op 12 januari 1973 gecoördineerde wetten op de Raad van State, waar de verzoekende partij naar verwijst, daarbij niet mede bepalend is voor de uitkomst van het onderzoek, aangezien die bepaling niet van toepassing is ten overstaan van de verzoekende partij aan wie de bestreden beslissing niet diende te worden betekend;

Overwegende dat zoals is gebleken, de verzoekende partij op eigen initiatief zich herhaaldelijk kandidaat heeft gesteld voor de omstreden opdracht; dat zij door de verwerende partij werd uitgenodigd om met het oog op het onderzoek van haar kandidatuur een aantal inlichtingen mede te delen; dat dan ook moet worden aangenomen dat de verzoekende partij een meer dan gewone belangstelling had voor het verloop van de toewijzingsprocedure; dat ruime ruchtbaarheid in de media aan de toewijzingsbeslissing werd gegeven kort nadat zij op 18 januari 1995 werd genomen; dat immers de door de tussenkomen partij neergelegde krantenberichten van 21 januari 1995 van de kranten De Financieel Economische Tijd, Het Volk en De Morgen gewag maken van het sluiten van een contract tussen de Vlaamse regering en de tussenkomen partij betreffende de litigieuze opdracht; dat voorts de afgevaardigd bestuurder van de verzoekende partij in de televisieuitzending “Ter zake” van 25 januari 1995 -waarvan de videoband door de tussenkomen partij is neergelegd- een aantal verklaringen aflegde betreffende de bestreden beslissing en de daardoor in het gedrang gebrachte vrije concurrentie; dat uit de gehele context van die uitzending, waaraan de afgevaardigd bestuurder dus medewerking verleende, moeilijk iets anders kan worden afgeleid dan dat de bestreden beslissing reeds genomen was en dat zulks in de geschreven pers reeds was gemeld; dat overigens de voormelde afgevaardigd bestuurder in de voornoemde uitzending een onderzoek in het vooruitzicht stelde teneinde na te gaan of in voorkomend geval een beroep op een rechter zou worden gedaan; dat uit wat voorafgaat volgt dat de verzoekende partij de dagen volgend op 18 januari 1995 kennis had van de toewijzing van de bestreden

opdracht aan de tussenkomende partij en moet worden aangenomen dat zeker op 25 januari 1995 de verzoekende partij kennis had van de bestreden beslissing; dat aangenomen dat zij over de exactheid van de berichtgeving in de pers enige twijfel kon hebben en dus in de veronderstelling dat haar kennis onvoldoende was om te oordelen over het in te stellen beroep, moet worden vastgesteld dat zij nog tot 22 maart 1995 heeft gewacht om via haar raadsman bij de verwerende partij naar de stand van zaken te vragen en om mededeling van de bestreden beslissing en haar motieven, hetgeen geen redelijke termijn meer is die van een zorgvuldig burger kan worden verwacht ten opzichte van een beslissing die hem niet moest worden betekend; dat de bedoelde brief van 22 maart 1995 aldus geen invloed heeft gehad op het ingaan van de verjaringstermijn; dat dienvolgens het beroep, pas ingesteld op 30 mei 1995, laattijdig en dus niet-ontvankelijk is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 99,16 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 74,37 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op dertig juni 2004, 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.