

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 179.865 van 19 februari 2008
in de zaak A. 186.894/XII-5329.**

In zake : de NV VAN DEN BERG,
die woonplaats kiest bij
advocaten P. Flamey en J. Bosquet,
kantoor houdende te Antwerpen,
Jan van Rijswijcklaan 16

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Financiën,
die woonplaats kiest bij
advocaten P. De Maeyer en X. Leurquin,
kantoor houdende te Brussel,
Tedescolaan 7.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Van den Berg op 1 februari 2008 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “het besluit van de Federale Overheidsdienst Financiën vertegenwoordigd door de Minister van Financiën dd. 24 januari 2008, waarbij de opdracht door middel van een algemene offerteaanvraag voor het project bekabeling - lot 1 werd toegewezen aan de firma A² Networks BV, en de offerte van verzoekende partij niet als meest voordelige werd beschouwd en daarmee samenhangend binnen de complexe administratieve rechtshandeling het evaluatieverslag bekabeling”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 5 februari 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 14 februari 2008, om 10.30 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. Bosquet, die loco advocaat P. Flamey verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat P. De Maeyer, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur P. Barra;

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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

1. Met een aangetekende brief van donderdag 24 januari 2008 wordt de verzoekende partij door de verwerende partij in kennis gesteld van het feit dat de opdracht is toegewezen aan A² Networks BV. In bijlage zijn de beslissing van de betrokken minister en het evaluatieverslag gevoegd. In die brief wordt melding gemaakt van een termijn van tien kalenderdagen “die ingaat de dag volgend op de verzendingsdatum van de gemotiveerde toewijzingsbeslissing, om een eventueel beroep aan te tekenen bij een rechtscollège, wat uitsluitend mag gebeuren in het kader van een procedure in kort geding of, vóór de Raad van State, van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid”. Voorts wordt daarin gesteld : “Indien de inschrijver binnen de toegestane termijn geen schriftelijke kennisgeving in die zin verstuurt naar hier beneden vermeld adres, zal de opdracht aan de firma A² Networks BV gegund worden”.

De verzoekende partij stelt in haar verzoekschrift dat deze brief haar op maandag 28 januari 2008 bereikte.

Met op vrijdag 1 februari 2008 ter post aangetekende brieven wordt het voorliggende verzoekschrift aan de Raad van State gezonden en stelt de raadsman van de verzoekende partij de verwerende partij van dat verzoekschrift in kennis. Ter terechtzitting lijken de partijen het erover eens dat die kennisgeving ook per faxbericht is gebeurd op diezelfde dag, om 17 u 41.

Met een op maandag 4 februari 2008 ter post aangetekende brief wordt de door de betrokken minister ondertekende bestelbon aan de gekozen inschrijver gezonden alsook de toewijzingsbeslissing en het gunningsverslag. De bestelbon verwijst naar “bestek bekabeling -lot 1” en naar de offerte van de gekozen

inschrijver. Volgens de verwerende partij is die kennisgeving ook per e-mailbericht gebeurd. Ter terechtzitting wordt dienaangaande een stuk neergelegd.

2. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid 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.

3. Wat de derde voorwaarde betreft voert de verzoekende partij omtrent het nadeel aan dat door de betekening van de toewijzingsbeslissing de overeenkomst zou ontstaan, hetgeen elke kans om de opdracht in natura te kunnen uitvoeren zou tenietdoen. Zij wijst daarbij op de rechtspraak van de Raad van State die gevestigd is in navolging van het arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak inzake “Feyfer-Formanova” en wijst op de belangrijke referentiewaarde en de “enorme financiële belangen” die met de opdracht gepaard gaan.

4. In het voorliggende geschil wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging gevraagd van een toewijzingsbeslissing die volgens hetgeen de verwerende partij ter terechtzitting betoogt, reeds tot het sluiten van een overeenkomst heeft geleid : zulks zou dan zijn gebeurd ten gevolge van het voornoemde aangetekend schrijven van 4 februari 2008 met bijlagen, en dus de dag nadat de gestelde termijn van tien kalenderdagen was verlopen.

De verzoekende partij betwist ter terechtzitting dat die kennisgeving de overeenkomst betreffende de opdracht reeds heeft tot stand gebracht.

5. De Raad van State heeft prima facie geen rechtsmacht om uitspraak te doen over de genoemde betwisting die de al dan niet geldige totstandkoming van een overeenkomst betreft. Voor de afwikkeling van de huidige procedure lijkt te dezen te moeten worden aangenomen, alvast totdat een bevoegde rechter mogelijkerwijze anders zou beslissen, dat door de voornoemde kennisgevingen door de verwerende partij, bij toepassing van artikel 117 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, tussen de verwerende partij en A²

Networks BV een overeenkomst is ontstaan. De verwerende partij als medecontractant betwist zulks alvast niet en de gekozen inschrijver, als de andere contractspartij, is niet in de procedure tussengekomen zodat haar standpunt omtrent de totstandkoming van die overeenkomst niet bekend is.

De gevraagde schorsing van de tenuitvoerlegging van de drie bestreden beslissingen -welke ook en ongeacht de vraag naar de ontvankelijkheid van de vordering ten opzichte van elk van de drie- zou in elk geval niet de schorsing meebrengen van de voormelde overeenkomst aangezien het tot de uitsluitende bevoegdheid van de gewone rechtbanken behoort om de uitvoering van een overeenkomst te schorsen. Aldus zou door de gevraagde schorsing de verzoekende partij nog niet de verhoopde nieuwe kans verwerven om zelf de opdracht alsnog toegewezen te krijgen.

Bijgevolg, zoals bij arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is gesteld, kan het nadeel waardoor de verzoekende partij aanvoert te zijn bedreigd, niet worden tenietgedaan of vermeden door een schorsingsarrest van de Raad van State, betreffende welke van de aangevochten beslissingen ook.

Aan die conclusie wordt geen afbreuk gedaan door de omstandigheid dat de verzoekende partij met haar vordering en met de kennisgeving ervan bij op vrijdag 1 februari 2008 ter post aangetekende brief en faxbericht van diezelfde datum nog binnen de haar toegekende wachttermijn handelde. De verwerende partij van haar kant heeft door de kennisgeving op maandag 4 februari 2008 zulks weliswaar na afloop van die termijn gedaan, maar lijkt daarbij het faxbericht dat haar door de verzoekende partij op vrijdag 1 februari 2008 is toegezonden niet in rekening te hebben gebracht. Het artikel 21 bis, § 2, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, waarvan de toepassing te dezen niet lijkt te worden betwist, voorziet echter in geen sanctie indien een opdrachtgevende overheid zoals te dezen niet zorgvuldig omgaat met een kennisgeving gedurende de voornoemde wachttermijn. De wetgever heeft evenmin de wijze geregeld waarop in een dergelijk geval door de Raad van State over het moeilijk te herstellen nadeel moet worden geoordeeld. Het lijkt aldus niet aan de Raad van State toe te komen om voor onzorgvuldigheden zoals een betekening binnen de wachttermijn of zoals te dezen de veronachtzaming van een bericht vanwege een verzoekende partij, een of andere sanctie te bepalen, des te meer aangezien zulks lijkt

te kunnen inhouden dat hij daarbij over het al dan niet tot stand komen van verbintenissen uit overeenkomst zou dienen te beslissen, hetgeen zoals gezegd niet tot zijn rechtsmacht behoort.

Uit hetgeen voorafgaat volgt dat aan de derde van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarde niet is voldaan. Die vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen.

6. Te dezen is het wel passend de kosten ten laste van de verwerende partij te leggen. Deze had immers, indien ze met het voormelde faxbericht van de verzoekende partij wel rekening had gehouden, kunnen wachten met haar betekening. Aldus had zij de dadelijke afwijzing van de voorliggende vordering kunnen vermijden en een rechtsstrijd voor de Raad van State mogelijk kunnen maken. Door dat verzuim van de verwerende partij heeft de verzoekende partij een rechtsstrijd aangevat, terwijl zij niet kon weten dat deze redelijkerwijze geen uitzicht had op beslechting.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
negentien februari 2008, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.