

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 180.837 van 11 maart 2008
in de zaak A. 187.173/XII-5349.**

In zake : de NV ACLAGRO,
die woonplaats kiest bij
advocaten C. De Wolf en A. Verheggen,
kantoor houdende te 9680 Maarkedal,
Etikhovestraat 6

tegen :

de GEMEENTE ZINGEM,
die woonplaats kiest bij
advocaten F. Vandendriessche en L. De Vuyst,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

tussenkomen de partij :

de NV GEBROEDERS DE WAELE,
die woonplaats kiest bij
advocaat bij Ph. Leroy,
kantoor houdende te Gent,
Coupure 5.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Aclagro op 22 februari 2008 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “de beslissing d.d. 13 februari 2008 van verwerende partij, aan verzoekende partij overgemaakt bij aangetekend schrijven d.d. 13 februari 2008, om de opdracht voor de aanneming van werken betreffende de aanleg van een fietspad langsheen de N435 [...] toe te wijzen aan belanghebbende partij, alsook de impliciete weigeringsbeslissing om betreffende opdracht niet toe wijzen aan verzoekende partij.”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 25 februari 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 6 maart 2008, om 10.30 uur;

Gezien het op 3 maart 2008 ingediende verzoekschrift waarbij de NV Gebroeders De Waele vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten C. De Wolf en A. Verheggen, die verschijnen voor de verzoekende partij, van advocaat F. Vandendriessche loco advocaat L. De Vuyst, en advocaat I. Arnoudts, die verschijnen voor de verwerende partij, en van advocaat E. Temmerman, die loco advocaat Ph. Leroy verschijnt voor de tussenkomende 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 :

De gegevens van de zaak

1. In het Bulletin der Aanbestedingen van 8 oktober 2007 wordt de betrokken overheidsopdracht voor aanneming van werken bekendgemaakt met de openbare aanbesteding als gunningswijze.

De raming van de werken bedraagt 4.754.659, 35 euro.

2. Op 13 februari 2008 wordt de eerste bestreden beslissing genomen. Op grond van een gunningsvoorstel wordt de opdracht toegewezen aan de NV Gebroeders De Waele als laagste regelmatige inschrijver, voor een bedrag van 4.313.991, 69 euro, BTW inbegrepen.

3. Deze beslissing wordt met een brief van 13 februari 2008 aan de verzoekende partij medegedeeld samen met de gemotiveerde beslissing. In die brief wordt in fine gesteld :

“De betekening van de opdracht aan de NV Gebroeders De Waele, Oostendsesteenweg 199 te 8480 Eernegem zal gebeuren na verloop van 10 dagen na het versturen van de kennisgeving aan de andere inschrijvers”.

Op de keerzijde van de brief is “bestuurlijk toezicht” vermeld en “beroepsmogelijkheden”. In die laatste rubriek wordt enkel verwezen naar de procedure voor de Raad van State, meer bepaald naar het beroep tot nietigverklaring en naar de gewone vordering tot schorsing - daarbij zou deze laatste overigens in te stellen zijn “bij afzonderlijke akte”, hetgeen niet meer strookt met de betrokken actuele regelgeving.

Het belang en het nadeel

4. De verwerende partij roept in een exceptie in dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar vordering in zoverre deze de impliciete weigering betreft om haar de opdracht toe te wijzen. De tussenkomen de partij van haar kant betwist het nadeel van de verzoekende partij.

Er bestaat vooralsnog geen noodzaak om dit verweer te onderzoeken en er uitspraak over te doen. Zulks zou slechts noodzakelijk zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

5. 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.

6. Wat de eerste voorwaarde betreft, wijst de verzoekende partij op de dreigende betekening van de toewijzingsbeslissing die tot het sluiten van de overeenkomst zou leiden zodat een gewone schorsing te laat zou komen en herstel in natura niet meer mogelijk zou zijn. Zij vermeldt de hiervoor aangehaalde zinsnede uit de voormelde brief van 13 februari 2008 en stelt dat “de verwerende partij zelf heeft aangegeven dat zij binnen de 10 dagen zal overgaan tot betekening van de bestreden beslissing”, zodat een gewone vordering tot schorsing onherroepelijk te laat zou komen om het rechtsherstel in natura in hoofde van verzoekende partij te vrijwaren.

7. De verwerende partij noch de tussenkommende partijen besteden enige aandacht aan de voorwaarde van de uiterst dringende noodzakelijkheid. In haar feitenrelaas vermeldt de verwerende partij wel : een groot deel van de werken wordt in verregaande mate gesubsidieerd; de eindafrekening van de werken dient met het oog op het behoud van de subsidies te worden ingediend vóór 22 maart 2009, eventueel eenmaal verlengbaar tot 22 maart 2010; de uitvoering van de werken is in het bestek bepaald op 350 werkdagen; de werken zouden, rekening houdend met die uitvoeringstermijn en de potentiële verlenging, om geen risico op subsidieverlies te lopen, aldus een aanvang moeten nemen april 2008.

8. De partijen betwisten niet dat te dezen 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, niet van toepassing is - artikel dat voor opdrachten boven de daarin bepaalde drempelwaarden de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid oplegt.

De verzoekende partij moet dienvolgens aantonen dat zij te dezen terecht een beroep deed op de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, enkel rekening houdend met de eerste voorwaarde van het voormelde artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

9. De schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, zoals de Raad van State reeds uitvoerig heeft vastgesteld onder meer in zijn arrest NV Laboratoria Van Vooren, nr. 127.069 van 13 januari 2004, is niet geschikt om de gewone procedure te zijn die de beoogde rechtsbescherming kan bieden in het domein van de overheidsopdrachten. Die procedure dient uitzonderlijk te blijven teneinde niet in te gaan tegen de economie van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, waarin tussen de gewone schorsingsprocedure en de procedure bij uiterst

dringende noodzakelijkheid duidelijk onderscheid wordt gemaakt. De schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid mag aldus slechts worden aangewend in de gevallen waarin de wet deze uitdrukkelijk voorschrijft zoals in het -te dezen niet toepasselijke- voormelde artikel 21bis van de wet van 24 december 1993, en daarnaast in de enkele gevallen dat een gewone vordering tot schorsing onherroepelijk te laat zou komen om het nadeel te weren. Aldus mag ook niet worden aanvaard dat voor de Raad van State de partijen zelf - omzeggens bij overeenkomst - de betrokken spoedprocedure als de te volgen procedure kiezen. Die procedure wordt daarentegen dwingend door de betrokken regelgeving bepaald.

10. In tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partij lijkt aan te nemen, heeft de verwerende partij nergens gesteld dat zij de toewijzingsbeslissing in elk geval na tien dagen zou hebben betekend, ingeval een gewone schorsingsvordering was ingesteld met een beroep tot nietigverklaring. Haar raadsman betoogt weliswaar ter terechtzitting dat voor de toekomst de verzekering dat zij niet zou betekenen tijdens een dergelijke procedure, mocht deze nog worden ingesteld, niet kan worden gegeven. De verwerende partij heeft echter in haar kennisgevingsbrief geen melding gemaakt van de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid en ze heeft aan de betrokken schorsingsvoorwaarde in haar nota geen aandacht besteed: slechts op zeer algemene wijze heeft ze -en dat enkel in haar feitenrelaas- enige aanwijzingen gegeven dat een snelle betekening mogelijk noodzakelijk zou zijn teneinde geen subsidies te missen. Het is overigens ook niet omdat gesteld wordt dat “na tien dagen zal worden betekend” dat meteen moet worden aangenomen dat de uiterst dringende noodzakelijkheid is verworven : ook binnen die termijn kan een beroep tot nietigverklaring met een daaraan verbonden gewone vordering tot schorsing worden ingesteld - de verzoekende partij slaagde er nu al in een substantieel verzoekschrift van 60 bladzijden in te dienen. De dringende noodzakelijkheid wordt te dezen dan ook niet aanvaard.

Er mag voorts worden verwacht dat een gewone schorsingsprocedure bij de Raad van State, ingesteld door de verzoekende partij, op wie in de context van de voorliggende betwisting eveneens een plicht tot diligent handelen rust, zeer snel kan worden en zal worden ingesteld indien zij daartoe nog zou beslissen en dat daarbij niet het einde van de gewone schorsingstermijn zal worden afgewacht. Die termijn is trouwens al deels verstreken. Ingeval de verwerende partij de toewijzingsbeslissing toch zou betekenen na de huidige uitspraak van de Raad van State, vooraleer de termijn om een gewone vordering tot schorsing in te dienen is verlopen of vooraleer op de gewone schorsingsvordering uitspraak is gedaan, zou,

behoudens indien deugdelijke motieven daartoe voorhanden zouden zijn, dergelijke betekening strijdig lijken met wat van een zorgvuldig handelend bestuur mag worden verwacht.

11. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat te dezen niet is aangetoond dat een gewone schorsing onherroepelijk te laat zou komen om het aangevoerde nadeel te weren, dat de verzoekende partij legt in het niet zelf kunnen uitvoeren van de opdracht. Aldus is niet voldaan aan de eerste van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die vervuld moeten zijn om de schorsing toe te wijzen.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Gebroeders De Waele in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

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

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
elf maart 2008, door :

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

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.