

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 189.732 van 22 januari 2009
in de zaak A. 190.846/XII-5662.**

In zake :

1. de nv ONDERNEMINGEN LAMBRECHTS,
2. de nv SOCIETE POUR LE DEVELOPPEMENT DES RESEAUX D'ASSAINISSEMENT ET D'EAU POTABLE (Sodraep)
“elk afzonderlijk optredend en ook samenvormende” de tijdelijke handelsvennootschap ONDERNEMINGEN LAMBRECHTS-SODRAEP,
die woonplaats kiezen bij
advocaten G. Eryyn en B. Van Hyfte,
kantoor houdende te 1060 Brussel,
Gulden Vlieslaan 77

tegen :

1. de cvba GASELWEST,
2. de opdrachthoudende vereniging INTERCOMMUNALE MAATSCHAPPIJ VOOR ENERGIE-VOORZIENING ANTWERPEN (IMEA),
3. de opdrachthoudende vereniging INTERCOMMUNALE MAATSCHAPPIJ VOOR ENERGIEVOORZIENING IN WEST- EN OOST-VLAANDEREN (IMEWO),
4. de opdrachthoudende vereniging INTERCOMMUNALE VERENIGING VOOR ENERGIELEVERINGEN IN MIDDEN-VLAANDEREN (INTERGEM),
5. de opdrachthoudende vereniging INTERCOMMUNALE VERENIGING VOOR ENERGIEDISTRIBUTIE IN DE KEMPEN EN HET ANTWERPSE (IVEKA),
6. de opdrachthoudende vereniging IVERLEK,
7. de cvba SIBELGAZ-SIBELGAS,
8. de cvba EANDIS,
die woonplaats kiezen bij
advocaat B. Schutyser,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 106.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Ondernemingen Lambrechts en de nv Soci  t   pour le Developpement des Reseaux d'Assainissement et d'Eau potable (Sodraep), “elk afzonderlijk optredend, en ook samenvormende” de tijdelijke handelsvennootschap Ondernemingen Lambrechts-Sodraep, op 26 december 2008 hebben ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “de beslissingen van verwerende partij, genomen in het kader van de

overheidsopdracht met referte EAN08AW116 voor uitvoering van ondergrondse leidingen, waarbij beslist wordt de uitvoering van de werken door kandidaten onder de vorm van een tijdelijke handelsvennootschap uit te sluiten, waarbij vervolgens de offerte van verzoekende partijen niet weerhouden worden, beslissing kennis gegeven bij schrijven van 17/12/2008, waarbij vervolgens de offertes van de andere niet-gekende kandidaten weerhouden worden en waarbij desgevallend de opdracht wordt gegund aan een onbekende derde”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 30 december 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 15 januari 2009, om 10.00 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten R. Anciaux en J. Helson, die verschijnen voor verzoekende partijen, en van advocaat T. Ville, die verschijnt voor verwerende partijen;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur L. Vermeire;

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. Op 29 september 2008 wordt in het Bulletin der Aanbestedingen een opdracht - nutssectoren - werken bekend gemaakt voor de “aanleg ondergrondse leidingen”. Op 4 oktober 2008 wordt de opdracht aangekondigd in het Publicatieblad van de Europese Unie. De opdracht bestaat hoofdzakelijk uit het “graven van sleuven” en “het in de grond brengen van kabel en buizen met inbegrip van het onderling doorverbinden van deze leidingen” en loopt van 1 juni 2009 tot 31 mei 2012. De opdracht is verdeeld in 10 percelen met dezelfde omschrijving maar met een verschillende geografische plaats van uitvoering.

De opdracht zal worden toegewezen na een onderhandelings-procedure en als gunningscriterium wordt verwezen naar “laagste prijs”.

De aankondiging van de opdracht vermeldt onder “III.2. Voorwaarden voor deelneming” : “De kandidatuur zal niet worden aanvaard indien de aannemer werken zou uitvoeren onder de vorm van een tijdelijke handelsvereniging”.

Volgens verwerende partijen dienen op uiterlijk 30 oktober 2008 tientallen aannemers een aanvraag tot deelneming in waaronder ook en elk afzonderlijk de nv Ondernemingen Lambrechts en de nv Sodraep. De aanvraag tot deelneming van de eerste vennootschap is blijkens het administratief dossier 27 oktober 2008 gedateerd en deze van de tweede vennootschap 30 oktober 2008. Zij zouden volgens verwerende partijen - en zij spreken zulks ter terechtzitting niet tegen - op geen enkel ogenblik opmerkingen hebben gemaakt bij de geciteerde bepaling in de aankondiging dat kandidaturen van inschrijvers die de werken zouden uitvoeren in de vorm van een tijdelijke handelsvereniging niet zouden worden aanvaard noch hun voornemen aangekondigd om met het oog op het indienen van een offerte een tijdelijke handelsvennootschap te vormen.

Verzoekende partijen stellen in het verzoekschrift dat hun beide kandidaturen werden aanvaard door verwerende partijen, die dit in de nota niet betwisten.

Volgens verwerende partijen hebben ten laatste op 15 december 2008 een 80-tal ondernemers een offerte ingediend. De nv Ondernemingen Lambrechts en de nv Sodraep, die nog elk afzonderlijk een aanvraag tot deelneming indienden, dienen thans gezamenlijk een offerte in als “T.H.V. Ondernemingen Lambrechts - Sodraep”. Deze is op 15 december 2008 gedateerd.

Met een brief van 17 december 2008 gericht aan de thv Ondernemingen Lambrechts-Sodraep, per telefax verzonden op die dag en blijkens de poststempel op 18 december 2008 aangetekend verzonden, deelt Eandis, “overeenkomstig de Wet van 24 december 1993, in het bijzonder artikel 21bis, en de voorschriften van het Koninklijk Besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten in de nutssectoren”, mee dat “de Aanbestedende Overheid geen gunstig gevolg aan uw offerte kan geven” en dit met de volgende motivering :

“Hierna kan U de criteria vinden waaraan u niet voldoet .

Er werd een kandidatuur ingediend op naam van : Ondernemingen Lambrechts n.v.

Er werd een kandidatuur ingediend op naam van : Sodraep n.v.

U diende echter uw offerte in onder de naam : THV Ondernemingen Lambrechts - Sodraep.

Wij ontvingen evenwel geen kandidatuurstelling op naam van THV Ondernemingen Lambrechts - SODRAEP. Er kunnen slechts offertes worden ingediend door de door ons aanvaarde kandidaten.

Daarenboven : zelfs indien deze THV zich wel kandidaat had gesteld, zou zij niet zijn aanvaard, gezien uitdrukkelijk vermeld staat in onze Aankondiging van Opdracht via het Bulletin der Aanbestedingen/Publicatieblad van de Europese Unie, met referentie : N.051461 en 2008/S 193 - 255596 dat de aannemer de werken niet mag uitvoeren onder de vorm van een tijdelijke handelsvereniging.

Bijgevolg kan uw offerte niet weerhouden worden”.

In een e-mail van 10 januari 2009 bevestigt de raadsman van verwerende partijen in antwoord op een vraag van het bevoegd lid van het auditoraat dat de opdracht nog niet werd toegewezen en dat de onderhandelingen met de inschrijvers daarover nog moeten beginnen.

De excepties

2. Verwerende partijen werpen een aantal excepties op die de ontvankelijkheid van de vordering betreffen. Er bestaat vooralsnog geen noodzaak om die excepties te onderzoeken en er uitspraak over te doen, nu, zoals hierna zal blijken, het ernstig karakter van het enig middel niet wordt aanvaard.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

3. 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.

4. Wat de tweede voorwaarde betreft voeren verzoekende partijen in een *enig middel* de schending aan van “richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31/03/2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, in het bijzonder de artikelen 1.7 en 11, de artikelen 16 en 17 van het K.B. van 10/01/1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en de postdiensten, zoals gewijzigd, artikel 81 van het voormeld K.B. van 10/01/1996, artikel 98 van voormeld K.B. van 10/01/1996, de formele en materiële motiveringsplicht zoals vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29/07/1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, het materiële motiveringsbeginsel, de beginselen van behoorlijk bestuur in het bijzonder het redelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel, het beginsel van gelijke behandeling der inschrijvers, artikelen 10 en 11 van de gecoördineerde Grondwet, het Europese niet-discriminatie beginsel, de vrijheid van vereniging en de vrijheid van handel en nijverheid,

doordat, door verwerende partijen de tijdelijke handelsvennootschap principieel wordt uitgesloten van deelname aan de overheidsopdracht, waardoor verzoekende partijen ontzegd werden van hun fundamenteel recht om een tijdelijke handelsvennootschap op te richten en zich als tijdelijke handelsvennootschap kandidaat te stellen, en waardoor de offerte dewelke zij, optredend als tijdelijke handelsvennootschap, indienden, werd geweerd”.

Zij betogen nog nader hetgeen volgt.

In de eerste plaats stellen zij dat het uitsluiten van een tijdelijke handelsvennootschap indruist tegen de voormelde richtlijn 2004/17 die expliciet toelaat dat combinaties van ondernemers mogen inschrijven of zich als gegadigden opgeven.

De bestreden beslissingen zouden ook strijdig zijn met de artikelen 16 en 17 van het voornoemde koninklijk besluit van 10 januari 1996 in de mate deze de aanbestedende overheid slechts machtigen kwalitatieve selectiecriteria te bepalen die verband houden met de goede uitvoering van de opdracht en die objectief en niet discriminerend zijn. Het uitsluiten van een tijdelijke handelsvennootschap zou deze beginselen manifest schenden nu dit niet gewettigd en gemotiveerd is “door enige bezorgdheid om een toereikend concurrentieniveau

te handhaven of omwille van specifieke redenen dewelke verband zouden houden met de opdracht”. Integendeel blijkt uit het Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 10 januari 1996, onder meer de commentaar bij artikel 81, § 1, dat een tijdelijke vereniging gewoonlijk de garanties verhoogt voor de uitvoering van de opdracht via de solidariteit tussen de vennoten en via samenvoeging van menselijke, financiële en technische middelen, en kan a contrario uit artikel 81, § 2, van dat koninklijk besluit, in samenhang met zijn artikel 110, worden afgeleid dat een aanbestedende overheid principieel een tijdelijke vereniging die samengesteld is uit geselecteerde kandidaten moet aanvaarden. Uit de commentaar blijkt volgens hen immers dat een aanbestedende overheid zich geen niet vooraf geselecteerde kandidaat kan zien opleggen als medecontractant door middel van een tijdelijke vereniging en dat, indien zij van oordeel is dat dit wel toegelaten is, dit uitdrukkelijk moet zijn voorzien in het bestek. Aangezien de regelgeving aldus zelfs in de mogelijkheid voor een geselecteerde kandidaat voorziet om een offerte in te dienen met een niet geselecteerde kandidaat onder de vorm van een tijdelijke handelsvereniging, is volgens verzoekende partijen dan ook a fortiori de indiening van offertes uitgaande van twee geselecteerden als vennoten van een tijdelijke handelsvereniging toegestaan en moet dit zelfs worden aangemoedigd gelet op de verhoogde garanties voor de uitvoering van de opdracht via de solidariteit tussen de vennoten en de samenvoeging van hun middelen.

5. Het lijkt dat de offerte van de thv Ondernemingen Lambrechts - Sodraep in de eerste plaats wordt geweerd omdat geen aanvraag tot deelneming werd ingediend door deze tijdelijke handelsvennootschap maar enkel, individueel, door de nv Ondernemingen Lambrechts en door de nv Sodraep en dat pas in de tweede plaats “daarenboven” wordt gesteld dat “zelfs indien deze THV zich wel kandidaat had gesteld, zij niet [zou] zijn aanvaard, gezien uitdrukkelijk vermeld staat in [de] Aankondiging van Opdracht via het Bulletin der Aanbestedingen/Publicatieblad van de Europese Unie, met referentie : N.051461 en 2008/S 193 - 255596 dat de aannemer de werken niet mag uitvoeren onder de vorm van een tijdelijke handelsvereniging”.

In de mate dat in het middel kritiek wordt gegeven op de algemene uitsluiting van tijdelijke handelsvennootschappen van kandidaatstelling, gaat deze kritiek voorbij aan het eerste motief dat, indien wettig, volstaat.

De vraag zou weliswaar kunnen rijzen of een offerte geweigerd mag worden indien deze uitgaat van een tijdelijke handelsvennootschap, alleen omdat deze tijdelijke handelsvennootschap geen aanvraag tot deelneming indiende, en

vervolgens, of dit ook geldt wanneer deze tijdelijke handelsvennootschap gevormd wordt door vennoten die individueel wel een aanvraag tot deelneming indienden en werden geselecteerd.

In het middel worden deze vragen echter niet gesteld. Ook al wijzen verzoekende partijen er onder meer op dat artikel 81 van het voormelde koninklijk besluit van 10 januari 1996 in de mogelijkheid voorziet voor een geselecteerde kandidaat om een offerte in te dienen samen met een niet geselecteerde kandidaat onder de vorm van een tijdelijke vereniging, zodat dan a fortiori de indiening van offertes uitgaande van twee geselecteerden als vennoten van een tijdelijke vereniging zoals te dezen toegestaan zou zijn, toch lijkt in het middel de enige aangeklaagde onrechtmatigheid te zijn dat elke kandidatuur - ongeacht het feit of ze geselecteerd is - van tijdelijke handelsvennootschappen uitgesloten is.

Aangezien aldus niet met de in het kader van een vordering tot schorsing ingediend bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereiste prima facie duidelijkheid, aangevoerd wordt, laat staan aangetoond, waarom het bestuur te dezen onwettig heeft gehandeld door te oordelen dat twee ondernemingen die elk afzonderlijk een aanvraag tot deelneming hebben ingediend vervolgens niet gezamenlijk een offerte mogen indienen als tijdelijke handelsvennootschap, omdat deze zelf geen aanvraag tot deelneming indiende, tonen verzoekende partijen niet aan, zo lijkt het, welk belang zij hebben bij het enig middel, dat enkel het tweede - in dat geval overtuigend - motief bekritiseert van de bestreden beslissing om hun inschrijving te weren. De prima facie onrechtmatigheid van het eerste motief is niet aangetoond.

6. Het enig middel zoals door verzoekende partijen geformuleerd, is bijgevolg niet ernstig in zoverre het de uitsluiting van de verzoekende partijen betreft. Geen rechtstreekse grieven zijn voorhanden die nog zouden moeten worden onderzocht, tegen het in aanmerking nemen van de “andere niet -gekende kandidaten” en het gunnen van de opdracht “aan een onbekende derde” - overigens een nog niet bestaand voorwerp. Het niet ernstig bevinden van het middel treft aldus de vordering ook in die onderdelen.

7. Wat de bekritiseerde voorwaarde betreft, dat kandidaturen niet worden aanvaard indien de aannemer “werken zou uitvoeren onder de vorm van een tijdelijke handelsvereniging” is deze voorwaarde op 4 oktober 2008 bekend gemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie en op 29 september 2008 in het Bulletin

der Aanbestedingen en lijkt ze vanaf die datum aan verzoekende partijen bekend te moeten zijn, minstens vanaf hun aanvraag tot deelneming - voor de nv Ondernemingen Lambrechts op 27 oktober 2008 en voor de nv Sodraep op 30 oktober 2008. Op dat ogenblik diende voor hen reeds duidelijk te zijn dat zij, bij toepassing van die voorwaarde indien zij als tijdelijke handelsvennootschap een aanvraag tot deelneming indienden, niet mochten worden geselecteerd en stond hun nadeel - het niet kunnen deelnemen als tijdelijke handelsvennootschap aan de onderhandelingsprocedure en dus het missen van de opdracht - reeds vast. Verzoekende partijen hebben zich dan niet in rechte voorzien tegen een bepaling die hen duidelijk uitsloot van de opdracht en die zij in strijd achten met de in het middel ingeroepen rechtsregels en rechtsbeginselen. Integendeel dienden zij individueel vragen tot deelneming in en vervolgens een offerte als tijdelijke handelsvennootschap. Indien het gevreesde nadeel zich nu definitief en dringend manifesteert, bij het weren van hun offerte, hebben verzoekende partijen dit aan hun eigen houding te wijten, nu ze het risico hebben geaccepteerd dat de thans door hen bekritiseerde - duidelijke - voorwaarde, die ze sinds eind oktober 2008 kenden, zou worden toegepast. Aldus kan niet kan worden aangenomen dat dit nadeel nu nog in een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, ingesteld op 26 december 2008, wordt ingeroepen. Het risico op het dringend worden van het nadeel is tevoren reeds geaccepteerd. Op dit punt van de vordering is aan de derde hiervoor vermelde schorsingsvoorwaarde niet voldaan.

8. Er is bijgevolg niet voldaan, hetzij aan de tweede, hetzij aan de derde van de door voormeld artikel 17 gestelde voorwaarden, die moeten zijn vervuld om de schorsing toe te wijzen. Deze vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen.

**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 350 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen, elk voor de helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op tweeëntwintig januari 2009, door :

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

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.