

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 194.336 van 18 juni 2009
in de zaak A. 144.438/XII-3990.**

In zake : 1. de NV ECOREM,
2. de BVBA TALBOOM,
3. de NV BOUWEN & MILIEU,
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Ecotab,
die woonplaats kiezen bij
advocaat O. Onghena,
kantoor houdende te Antwerpen,
Tavernierkaai 2

tegen :

de STAD GENT,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. Devers,
kantoor houdende te Gent,
Kouter 71-72.

tussenkommende partij :

de NV LABORATORIA VAN VOOREN,
die woonplaats kiest bij
advocaat S. Van Geeteruyen,
kantoor houdende te 1080 Brussel,
Leopold II laan 180.

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

Gezien het verzoekschrift dat de nv Ecorem, de bvba Talboom, de nv Bouwen & Milieu, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Ecotab, op 24 november 2003 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing van gunning via algemene offerteaanvraag van bestek nr. AT-2003-01, ook gekend als ‘Begeleiding van de saneringswerken op de site La Floridienne’”;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 12 februari 2004;

Gelet op de beschikking van 16 februari 2004 die de tussenkomst van de nv Laboratoria Van Vooren toelaat;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

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

Gelet op de beschikking van 17 november 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 16 december 2008;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat H. Van Den Nieuwenhof, die loco advocaat O. Onghena verschijnt voor verzoekende partijen, van advocaat P. Devers, die verschijnt voor verwerende partij, en van advocaat E. Ballien, die loco advocaat S. Van Geeteruyen verschijnt voor tussenkomende partij;

Gehoord het andersluidend 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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. Verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor de in het geding zijnde opdracht.
2. Bij de opening van de offertes op 24 april 2003 blijken vier offertes te zijn ingediend. Eén daarvan is deze van de drie verzoekende partijen die op hun inschrijvingsformulier uitdrukkelijk vermelden zich “tijdelijk te hebben verenigd voor deze aanneming” en voorts een aantal stukken betreffende hun samenwerkingsverband aan hun offerte toevoegen.

De ontvankelijkheid

3. Wat eerste verzoekende partij betreft, de nv Ecorem, is de beslissing om het voorliggende annulatieberoep in te dienen, genomen door de afgevaardigd bestuurder W. Mondt.

In de statuten van deze vennootschap wordt bepaald :

“Onverminderd de algemene vertegenwoordigingsmacht van de raad van bestuur als college, wordt de vennootschap in en buiten rechte rechtsgeldig verbonden door twee bestuurders, die gezamenlijk optreden.

De vennootschap wordt eveneens in en buiten rechte rechtsgeldig vertegenwoordigd wat het dagelijks bestuur aangaat:

- hetzij door het gedelegeerd lid tot dit bestuur, wanneer slechts één persoon hiermee belast is;
- hetzij door één of meer gedelegeerde leden tot dit bestuur wanneer meerdere personen met deze opdracht zijn belast”.

Blijkens die statutaire bepaling is het in rechte treden voorbehouden aan de raad van bestuur of aan twee bestuurders, gezamenlijk optredend. Een bestuurder die zoals te dezen alleen optreedt, kan zulks weliswaar voor handelingen die onder het dagelijks bestuur kunnen worden ondergebracht, doch de beslissing tot het instellen van een beroep bij de Raad van State tot nietigverklaring van een bestuurshandeling is geen handeling die onder het begrip “dagelijks bestuur” valt, zoals ook reeds is aangenomen in het arrest van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak nr. 113.490 van 10 december 2002 inzake nv Belgacom Directory Services.

Eerste verzoekende partij is dienvolgens niet rechtsgeldig in rechte getreden.

4. Wat derde verzoekende partij, de nv Bouwen & Milieu, betreft, is de beslissing om in rechte te treden genomen door de afgevaardigd bestuurder F. Vautmans.

In het auditoraatsverslag wordt aangenomen, op grond van de statuten van de derde verzoekende partij, dat deze niet rechtsgeldig in rechte is getreden, omdat die beslissing niet aan de afgevaardigde bestuurder toekwam.

5. Verzoekende partijen hebben daaromtrent in hun laatste memorie niet meer geargumenteed zodat mag worden aangenomen dat ook zij geen argumenten zien die de Raad van State ertoe moeten brengen aan de statuten van derde verzoekende partij een andere lezing te geven en dat ook zij er derhalve van uitgaan dat enkel tweede verzoekende partij, de bvba Talboom, rechtsgeldig in rechte trad.

6. In principe beschikken alleen degenen die regelmatig kandidaat geweest zijn voor het uitvoeren van een overheidsopdracht over de vereiste hoedanigheid en een voldoende persoonlijk en rechtstreeks belang om de nietigverklaring na te streven van de beslissing die de betrokken opdracht aan een andere kandidaat toewijst. Immers, zoals de Raad van State reeds heeft gesteld onder meer in zijn arresten nrs. 152.172 en 152.174 van 2 december 2005 van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak, strekt het beroep bij de Raad van State tegen een beslissing inzake de toewijzing van een overheidsopdracht, er idealiter toe de verzoekende partij een nieuwe kans te verschaffen om de opdracht zelf toegewezen te krijgen en zelf uit te voeren.

Toegepast op onderhavige zaak, moet worden vastgesteld dat tweede verzoekende partij te dezen moet worden geacht alleen op te treden aangezien hiervoor is vastgesteld dat de twee andere verzoekende partijen niet rechtsgeldig in rechte zijn getreden. Het was echter niet tweede verzoekende partij die - alleen optredend - een offerte heeft ingediend in de procedure die tot de bestreden toewijzingsbeslissing heeft geleid. Integendeel is de offerte ingediend door een tijdelijke handelsvennootschap bestaande uit de drie verzoekende partijen. Het is dan ook -slechts- die tijdelijke handelsvennootschap die over de vereiste hoedanigheid en het belang beschikt om onderhavig beroep in te dienen.

Volledigheidshalve moet worden vastgesteld dat het gebrek aan rechtspersoonlijkheid van de voornoemde tijdelijke handelsvennootschap, voor het voorliggende beroep geen obstakel zou zijn geweest. Een tijdelijke handelsvennootschap, hoewel ze niet over rechtspersoonlijkheid beschikt, mag immers in een gunningsprocedure treden. Zulks is bepaald in de regelgeving betreffende de overheidsopdrachten zoals onder meer in artikel 93 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken. Daarin wordt de ondertekening geregeld van een offerte die wordt ingediend door een inschrijver die

een “vereniging zonder rechtspersoonlijkheid is opgericht door verscheidene natuurlijke of rechtspersonen”. Een tijdelijke handelsvennootschap die een offerte indient, is aldus verbonden met de werking van de overheid waarvoor zij, indien haar offerte wordt gekozen, een opdracht zal uitvoeren. Dienvolgens wordt aanvaard dat een dergelijke handelsvennootschap bekwaam is om bij de Raad van State een annulatieberoep in te dienen ter verdediging van haar inschrijving.

Zoals de Raad van State reeds in de arresten nr. 159.135 van 23 mei 2006, Mathy, nr. 168.989 van 15 maart 2007, bvba Centrum voor Beleidsmanagement, en nr. 172.838 van 28 juni 2007, nv Claeys en Humblet Tuinarchitecten, heeft geoordeeld, kan een annulatieberoep tegen een bestreden toewijzingsbeslissing slechts ontvankelijk worden ingesteld door alle vennoten van de betrokken tijdelijke handelsvennootschap, zonder rechtspersoonlijkheid, samen geldig optredende. Alleen handelend, mist te dezen tweede verzoekende partij aldus de vereiste hoedanigheid en het rechtens vereiste persoonlijk en rechtstreekse belang daartoe. De partijen hebben ter terechtzitting de kans gekregen over deze -ambtshalve- exceptie hun mening te uiten.

7. Verzoekende partijen betogen met betrekking tot dit ontvankelijkheidsprobleem in hun laatste memorie nog dat artikel 19 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State niet bepaalt dat vennoten van een tijdelijke handelsvennootschap gezamenlijk een beroep tot nietigverklaring van de toewijzing van een overheidsopdracht moeten instellen. Zij stellen voorts dat procedureregels voor jurisdictionele beroepen ter bescherming van de rechten die het gemeenschapsrecht aan de door de besluiten van de aanbestedende diensten gelaedeerde gegadigden en inschrijvers verleent, “geen inbreuk [mogen] maken op de nuttige werking van richtlijn 89/665” en dat een “uitlegging van artikel 1 van deze richtlijn op grond waarvan de procesbevoegdheid kan worden toebedeeld aan elk individueel lid van een tijdelijke handelsvennootschap [bijdraagt] tot de verwezenlijking hiervan”. Zij verzoeken de Raad van State “minstens aan het Hof van Justitie de prejudiciële vraag te stellen die door de Eerste Auditeur wordt voorgesteld” :

“Hoe dient artikel 1.3. van de richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd door de richtlijn 92/50/EG van de Raad van 18 juni 1992, meer in het bijzonder de zinsnede luidens dewelke ‘de beroepsprocedures toegankelijk (dienen) te zijn voor eenieder die belang heeft

of heeft gehad bij de gunning van een overheidsopdracht', te worden uitgelegd wanneer voor het objectief contentieux geen nationale regel bestaat die oplegt dat enkel de gezamenlijke leden van een tijdelijke handelsvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid die als zodanig heeft deelgenomen aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht en waaraan deze opdracht niet is gegund, beroep kunnen instellen tegen het gunningsbesluit maar enkel een regel, vergelijkbaar met voormeld artikel 1.3. van de richtlijn, die oplegt dat 'elke partij (moet) doen blijken van een benadeling of van een belang', en wanneer in de nationale reglementering inzake overheidsopdrachten een nationale regel bestaat volgens dewelke de offerte van een tijdelijke handelsvennootschap ondertekend moet worden door elk lid ervan, dat verplicht is zich hoofdelijk te verbinden :

- ofwel, in die zin dat enkel de gezamenlijke leden van een tijdelijke handelsvennootschap een beroep kunnen instellen en niet slechts één van haar leden individueel en dat, wanneer alle leden van een tijdelijke handelsvennootschap gezamenlijk in rechte zijn opgetreden, het beroep door alle leden geldig dient te zijn ingesteld en, indien niet, dat het beroep in hoofde van alle leden onontvankelijk is?

- ofwel, in die zin dat niet noodzakelijk alle leden van een tijdelijke handelsvennootschap geldig een beroep dienen in te stellen en dat één lid ervan ontvankelijk individueel beroep kan instellen ?

- ofwel, dat beide mogelijkheden verstaanbaar zijn met het voormelde artikel 1.3. ?”.

8. Luidens artikel 234 van het EG-Verdrag is het Hof van Justitie bevoegd, bij wijze van prejudiciële beslissing, uitspraak te doen onder andere over de uitlegging van de handelingen van de gemeenschap en dient een instantie zich tot het Hof te wenden indien een vraag te dien aanzien wordt opgeworpen in een zaak aanhangig bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissing volgens het nationale recht niet vatbaar is voor hoger beroep.

In principe is de Raad van State dienvolgens verplicht de prejudiciële vraag te stellen. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie is die verplichting echter van haar grond beroofd “wanneer de opgeworpen vraag zakelijk gelijk is aan een vraag welke reeds in een gelijksoortig geval voorwerp van een prejudiciële beslissing is geweest” (HvJ 4 november 1997, C-337-95).

Te dezen is zulks het geval. Bij arrest nr. 128.507 van 25 februari 2004 inzake s.a. Espace Trianon e.a., stelde de Raad van State de volgende prejudiciële vraag :

“1. Staat artikel 1 van richtlijn 89/665/EEG [...] in de weg aan een nationale wettelijke bepaling zoals artikel 19, eerste alinea, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973, die aldus wordt uitgelegd dat de

leden van een tijdelijke vereniging zonder rechtspersoonlijkheid die, als tijdelijke vereniging, aan een procedure voor de plaatsing van een overheidsopdracht heeft deelgenomen en waaraan deze opdracht niet is gegund, verplicht zijn gezamenlijk, als lid van de tijdelijke vereniging of in eigen naam, in rechte op te treden teneinde beroep in te stellen tegen de beslissing tot plaatsing van die opdracht?

2. Dient deze vraag anders te worden beantwoord indien de leden van de tijdelijke vereniging samen in rechte zijn opgetreden, maar de vordering van een van de leden niet-ontvankelijk is?

3. Staat met artikel 1 van richtlijn 89/665/EEG [...] in de weg aan een nationale wettelijke bepaling zoals artikel 19, eerste alinea, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973, die aldus wordt uitgelegd dat het een lid van een dergelijke tijdelijke vereniging verboden is individueel, hetzij als lid van dergelijke tijdelijke vereniging, hetzij in eigen naam, beroep in te stellen tegen de gunningsbeslissing?”.

Het Hof van Justitie antwoordde in zijn arrest van 8 september 2005 in de zaak C-129/04 als volgt :

“Het Hof van Justitie (Tweede kamer) verklaart voor recht :

1) Artikel 1 van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, dient aldus te worden uitgelegd dat het er niet aan in de weg staat dat naar nationaal recht enkel de gezamenlijke leden van een tijdelijke vereniging zonder rechtspersoonlijkheid die als zodanig heeft deelgenomen aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht en waaraan deze opdracht niet is gegund, beroep kunnen instellen tegen het gunningsbesluit, en niet slechts één van haar leden individueel.

2) Hetzelfde geldt wanneer alle leden van een dergelijke tijdelijke vereniging gezamenlijk in rechte optreden, maar de vordering van één van haar leden niet-ontvankelijk wordt geacht”.

Dienvolgens blijkt dat de te dezen voorgestane interpretatie niet in strijd is met de door verzoekende partijen ingeroepen richtlijn 89/665/EG.

Er is dienvolgens geen reden om de voorgestelde prejudiciële vraag te stellen, nu ze wezenlijk dezelfde inhoud heeft als deze gesteld in het voormelde arrest nr. 128.507 van de Raad van State en beantwoord door het Hof van Justitie bij zijn voormeld arrest van 8 september 2005.

9. Verzoekende partijen vragen ten slotte in voorkomend geval artikel 92, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State toe te passen en de zaak door de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak te laten beoordelen, teneinde “eenheid in de rechtspraak als hoogste administratief rechtscollege na te streven”.

Er is geen grond om op dat verzoek in te gaan, nu er in de actuele rechtspraak van de Raad van State geen divergentie rond het bedoelde ontvankelijkheidsprobleem bestaat.

10. Het beroep is gelet op wat voorafgaat niet ontvankelijk.

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

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 525 euro, komen ten laste van verzoekende partijen, elk voor een derde.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 125 euro, komen ten laste van tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
achttien juni 2009, 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.