

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 195.262 van 14 juli 2009
in de zaak A. 84.822/XII-2101.**

In zake : de NV ASFALT-, WEGENIS-, EN BOUWWERKEN,
die woonplaats kiest bij
advocaten J. Mertens en B. Poelemans,
kantoor houdende te Sint-Denijs-Westrem,
Kortrijksesteenweg 1144 G

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat K. Ronse,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
G. Macaulaan 33.

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

Gezien het verzoekschrift dat de nv Asphalt-, Wegenis-, en
Bouwwerken op 18 juni 1999 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen
van :

“(i) de beslissing van de Vlaamse Minister van Openbare Werken, Vervoer en
Ruimtelijke Ordening tot vaststelling van de inhoud van het Bijzonder Bestek
nr. C/98.B.85 met betrekking tot de overheidsopdracht : ‘Rl - Ring rond
Antwerpen R.O., L.O. en verkeerswisselaar Merksem-Structureel onderhoud.’,
waarbij in de Algemene Administratieve voorschriften van dit bestek op
bladzijde 6 en 7 onder artikel 90§2 (bij de offerte te voegen bescheiden) de
voorlegging werd geëist van :

- een attest waaruit blijkt dat de voorgeschreven bitumeuze mengsels zullen
aangevoerd worden uit twee menginstallaties die gekeurd en aanvaard zijn
door een erkende onpartijdige instelling en waarvan de mengsels
geregistreerd en gecertificeerd zijn;
- de twee menginstallaties evenals de asfaltmengsels dienen gecertificeerd te
zijn door een erkende onpartijdige instelling, de asfaltmengsels dienen
geregistreerd en gecertificeerd zijn;
- de vergunning van de twee menginstallaties om 24u op 24u, 7 dagen op 7 te
mogen werken. De twee menginstallaties bevinden zich bovendien op een
maximum afstand van 30 KM van de werven;
- een waarborg dat ingeval van panne van hogervermelde twee
menginstallaties er een beroep kan gedaan worden op een door een erkende
onpartijdige instelling gekeurde en aanvaarde menginstallatie waarvan de
mengsels eveneens geregistreerd en gecertificeerd zijn, deze menginstallatie
dient eveneens een vergunning te bezitten om 24u op 24u, 7 dagen op 7 te

mogen werken en dient eveneens op een maximum afstand van 30 KM van de werven te liggen.
de datum van de beslissing voor de verzoekende partij niet bekend zijnde;
(ii) de beslissing van de Vlaamse Minister van Openbare Werken, Vervoer en Ruimtelijke Ordening, aan de verzoekende partij medegedeeld bij brief dd. 20 april 1999, waarbij de bieding, die door de verzoekende partij werd ingediend voor de openbare aanbesteding van 3 december 1998 voor de overheidsopdracht : ‘R1, Ring rond Antwerpen, R.O., L.O. en verkeerswisselaar Antwerpen - Structureel onderhoud- Bestek C/89.B.85’ niet werd weerhouden”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 22 oktober 2002 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 verzoekende partij;

Gelet op de beschikking van 8 december 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 13 januari 2009, zitting waarop de zaak wordt uitgesteld naar de zitting van 10 februari 2009;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat B. Poelemans, die verschijnt voor verzoekende partij, en van advocaat K. Ronse, die verschijnt voor verwerende 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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. Verwerende partij schrijft eind 1998 een openbare aanbesteding uit voor structureel onderhoud van de ring rond Antwerpen en de verkeerswisselaar te Merksem.
2. Verzoekende partij stelt vast dat zij niet kan voldoen aan de voorwaarden van artikel 90, § 2, van het bestek en dat geen enkel ander aannemingsbedrijf individueel aan deze voorwaarden kan voldoen. Zij brengt verwerende partij hiervan op de hoogte met een brief van 24 november 1998. Verzoekende partij vraagt verwerende partij om een terechtwijzend bericht op te maken of om een afwijking van het bestek toe te staan. Verzoekende partij bezit namelijk asfaltcentrales in Puurs, Gent en Lummen. Deze liggen buiten de in het bestek opgegeven grens van 30 kilometer, maar volgens verzoekende partij kunnen de werken probleemloos worden uitgevoerd met behulp van deze drie centrales.
3. Verwerende partij antwoordt met een fax van 2 december 1998 dat de bepalingen van het bestek onverkort van toepassing blijven.
4. Op 3 december 1998 worden de offertes geopend. Er werden drie offertes ingediend. Verzoekende partij diende de laagste offerte in voor een bedrag van 242.670.973,- frank. De twee andere offertes zijn :
 - Tijdelijke Vereniging Deckx - Stadsbader-Flamand - Heymans Aannemingen, voor een bedrag van 259.630.323,- frank;
 - Tijdelijke Vereniging Van Gorp - Aannemingen Van Wellen voor een bedrag van 274.120.337,- frank.
5. Met een schrijven van 4 december 1998 poogt verzoekende partij de argumenten in de brief van verwerende partij van 2 december 1998 te weerleggen.
6. Tijdens het onderzoek van de offertes stelt verwerende partij de onregelmatigheid vast van de offerte van verzoekende partij : twee van de drie asfaltinstallaties van verzoekende partij bevinden zich op meer dan 30 kilometer van de werven en de offerte “voldoet dus duidelijk niet aan de gestelde selectiecriteria”.

Er wordt voorgesteld om de offerte te gunnen aan de Tijdelijke Vereniging Deckx - Stadsbader-Flamand - Heymans Aannemingen.

7. Met een schrijven ingekomen bij verzoekende partij op 21 april 1999, brengt verwerende partij verzoekende partij op de hoogte dat haar offerte niet “weerhouden” werd - ze blijkt in voormeld onderzoeksverslag als “onregelmatig” te zijn beschouwd.

8. Op 26 april 1999 vraagt verzoekende partij naar de motieven van “de verwerping van de offerte”. Met een schrijven van 3 mei 1999 wordt haar de volgende motivering meegedeeld :

“de firma Aswebo beschikt niet over 2 mengcentrales + 1 reservecentrale gelegen binnen een straal van max. 30km van de werf, zoals gevraagd in art. 90 § 2 van het bijzonder bestek en voldeed bijgevolg niet aan deze geldige contractuele uitvoeringseis”.

9. Uit stuk 14 van verzoekende partij blijkt dat de opdracht werd toegewezen aan de tijdelijke vereniging Deckx - Stadsbader-Flamand - Heymans Aannemingen. De datum van de toewijzingsbeslissing blijkt niet uit de neergelegde dossiers. Blijkens het voormelde stuk zou de kennisgeving van de toewijzing verzonden kunnen zijn op 19 april 1999. Zulks wordt vastgesteld in het auditorsverslag en niet door verzoekende partij tegengesproken.

Verzoekende partij stelt een annulatieberoep in bij de Raad van State op 18 juni 1999.

De ontvankelijkheid

10. Het belang van een verzoekende partij om bij de Raad van State een beslissing inzake de toewijzing van een overheidsopdracht te bestrijden, bestaat er idealiter in opnieuw op zijn minst kans te maken om die opdracht toegewezen te krijgen en die zelf uit te voeren.

In die gedachtegang verdwijnt het belang indien een verzoekende partij waarvan de offerte onregelmatig werd verklaard, de beslissing waarbij de opdracht aan een concurrerende inschrijver wordt toegewezen, niet betwist.

11. Te dezen blijkt dat verzoekende partij in de eerste plaats het bestek aanvecht bij toepassing waarvan uiteindelijk de toewijzingsbeslissing aan de voormelde gekozen inschrijver werd genomen en vervolgens de beslissing waarbij zij zelf onregelmatig werd verklaard. Zij vecht niet de toewijzingsbeslissing aan in haar inleidend verzoekschrift en heeft in de loop van de procedure nooit uitbreiding van het voorwerp van haar beroep gevraagd tot de toewijzingsbeslissing.

12. In het advies ter terechtzitting van 13 januari 2009 heeft het bevoegd lid van het auditoraat verwezen naar het verzuim van verzoekende partij om de toewijzingsbeslissing aan te vechten en onder meer daaraan gebrek aan belang verbonden.

Verzoekende partij heeft de kans gekregen en genomen om in een aanvullende memorie te reageren op de stellingen van het auditoraatsadvies.

Ook in die aanvullende memorie -ongeacht de vraag of zulks op dat ogenblik nog tijdig kon gebeuren- heeft zij haar beroep niet uitgebreid tot de toewijzingsbeslissing. Zij heeft zich ermee vergenoegd met te betogen dat de nietigverklaring van de onregelmatigverklaring van de laagste inschrijver automatisch met zich meebrengt dat de toewijzing aan de tweede laagste inschrijving eveneens onwettig is. Om haar belang nuttig gediend te zien, door deze vermeende onwettigheid te laten vaststellen en op grond daarvan de toewijzingsbeslissing te laten nietigverklaren, had zij die beslissing binnen de gestelde beroepstermijn moeten aanvechten. Hiervoor werd vastgesteld dat zulks niet het geval was. Verzoekende partij maakt ook nog even gewag van een moreel belang dat nog zou gediend worden door de nietigverklaring. Bij gebrek aan voorziening tegen de toewijzingsbeslissing kan echter niet worden aangenomen dat zij een moreel belang zou hebben behouden omdat ze is voorbijgegaan door de toewijzingsbeslissing. De morele schade van dat voorbijgaan heeft ze zelf laten gebeuren en is aan haar stilzitten te wijten.

Verzoekende partij heeft aldus haar belang bij het beroep niet aangetoond.

**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 173,53 euro, komen ten laste van verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op veertien juli 2009, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
	F. BONTINCK,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

D. VERBIEST.