

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 205.058 van 10 juni 2010
in de zaak A. 196.460/XII-6194**

In zake:

de BVBA CHALLENGE MC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Danni Kerremans
kantoor houdend te Schilde
Wijnegemsteenweg 83-85
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NATIONALE LOTERIJ, nv van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche en Stefan Jochems
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de BVBA MINDMOVER
met zetel te Machelen
Culliganlaan 1 B
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Cies Gysen
kantoor houdend te Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 14 mei 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissingen betreffende de volgende overheidsopdracht: ‘Bestek nr. 2010.01 - host(ess)team in te schakelen voor de ambulante verkoop van producten van de Nationale Loterij’”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 juni 2010, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Geert Vangrieken, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Stefan Jochems, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Johan Geerts, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De Nationale Loterij schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit, onder de vorm van een beperkte offerteaanvraag, voor een “raamovereenkomst hostessteam”.

De opdracht is opgesplitst in twee percelen. Het eerste perceel betreft evenementen in het Vlaamse Gewest. Het tweede perceel betreft evenementen in het Waalse Gewest en het Brussel Hoofdstedelijk Gewest. De inschrijvers mogen zich slechts kandidaat stellen voor één van de twee percelen.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie en het Bulletin der Aanbestedingen van 27 januari 2010.

3.2. De gegadigden worden uitgenodigd om zich kandidaat te stellen ten laatste op 5 maart 2010 om 11.00 uur.

3.3. Vijftien ondernemingen stellen zich tijdig kandidaat, waaronder verzoekende partij die een kandidatuurstelling indient voor perceel 1.

3.4. Er wordt een “evaluatierapport” opgesteld. In dit rapport wordt voorgesteld om voor perceel 1 de kandidaten All Assistance Agency, Mindmover en Start People te selecteren.

3.5. Op 20 april 2010 beslist de raad van bestuur van de Nationale Loterij om akkoord te gaan met het evaluatierapport.

3.6. Met een aangetekend schrijven van 29 april 2010 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat de raad van bestuur van de Nationale Loterij heeft beslist om haar kandidatuur niet te selecteren. Als bijlage wordt een kopie toegevoegd van voormeld “evaluatierapport”. Tevens wordt opgemerkt dat “in uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, Boek IIbis”, aan verzoekende partij een wachttermijn wordt toegekend van 15 kalenderdagen, die haar moet toelaten “eventueel een schorsingsberoep in te stellen bij de Raad van State tegen de toegelichte gemotiveerde beslissing”.

IV. Tussenkomen

4. Met een op 28 mei 2010 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de bvba Mindmover om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Excepties

5.1. Ter terechtzitting doet verwerende partij afstand van een exceptie betreffende het in rechte treden van verzoekende partij.

5.2. Verwerende partij werpt voorts een exceptie *obscuri libelli* op wat betreft de omschrijving van het voorwerp van het beroep en een exceptie betreffende het belang van verzoekende partij.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze laatste excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het

toewijzen van de vordering tot schorsing zijn vervuld, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6. Overeenkomstig 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.

VII. Beoordeling van de eerste schorsingsvoorwaarde

Standpunt van verzoekende partij

7. Wat de voorwaarde van de uiterst dringende noodzakelijkheid betreft, gaat verzoekende partij er in haar verzoekschrift van uit dat te dezen artikel 65/15 van de voormelde wet van 24 december 1993 van toepassing is, dat bepaalt dat het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet is vereist en dat de vordering dient te worden ingediend volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, zodat het bewijs van die noodzakelijkheid niet is vereist.

Beoordeling

8.1. De wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, die het voormelde artikel 65/15 invoert in de laatstgenoemde wet van 24 december 1993, is nog niet van toepassing op de voorliggende opdracht.

Overeenkomstig artikel 7 van de wet van 23 december 2009 bepaalt de Koning de datum van haar inwerkingtreding. Artikel 76, eerste lid, 1/, van het koninklijk besluit van 10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende

de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, bepaalt aldus de datum van die inwerkingtreding op 25 februari 2010.

Het tweede lid van dat artikel 76 bepaalt echter dat de overheidsopdrachten en de opdrachten bekendgemaakt vóór deze datum of waarvoor, bij ontstentenis van een bekendmaking van aankondiging, vóór deze datum een uitnodiging wordt verstuurd om zich kandidaat te stellen of een offerte in te dienen, onderworpen blijven aan de wettelijke en reglementaire bepalingen die gelden op het ogenblik van de aankondiging of de uitnodiging.

Te dezen werd de opdracht bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie en het Bulletin der Aanbestedingen van 27 januari 2010, dus vóór 25 februari 2010. Bijgevolg is de in het geding zijnde opdracht en de daarmee verband houdende procedure voor de Raad van State, als deel van de voornoemde “wettelijke en reglementaire bepalingen”, nog onderworpen aan de bepalingen van de wet van 24 december 1993 zoals deze golden vóór de voornoemde wijziging.

Ten onrechte zou daarbij kunnen worden gedacht aan de laatstgenoemde wet in zijn te dezen wel nog toepasselijke versie, die de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bepaalde gevallen verplicht stelt : te dezen is die verplichting, vervat in de artikelen 21bis, § 2, en 41 sexies, §2, echter evenmin van toepassing. Sinds de wet van 8 juni 2008 is immers niet langer voorzien in een wachttermijn voor de niet-geselecteerde kandidaten in het raam van een procedure in twee fases, maar is deze beperkt geworden tot de inschrijvers. In de parlementaire voorbereiding wordt daaromtrent gesteld dat niet-geselecteerde kandidaten die zich benadeeld voelen, immers nog over de nodige tijd beschikken om een beroep in te stellen, daar zij onverwijld moeten worden geïnformeerd door de aanbestedende overheid en er op het ogenblik van de selectie nog geen beslissing is genomen omtrent de toewijzing van de opdracht (*Parl. St. Kamer, 2007-2008, nr. 52-1013/1, 7 en 9*).

8.2. Wanneer zoals te dezen een verplichte wachtperiode overeenkomstig de regelgeving inzake overheidsopdrachten niet van toepassing is, dient een verzoekende partij aan te tonen dat zij terecht een beroep deed op de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, enkel rekening houdend met de eerste voorwaarde gesteld door artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Verzoekende partij dient aldus aan te tonen dat een gewone

schorsing onherroepelijk te laat zou komen om het door haar aangevoerde nadeel te weren.

8.3. Begrijpelijkwijze, gelet op haar verkeerd uitgangspunt, dat de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid te dezen wettelijk zou zijn opgelegd, besteedt verzoekende partij geen aandacht aan deze voorwaarde.

8.4. Te dezen wordt in de voormelde brief van 29 april 2010 wel meegedeeld dat, in uitvoering van de wet van 24 december 1993, met specificering “boek IIbis”, een wachttermijn van 15 kalenderdagen wordt toegekend, welke termijn verzoekende partij moet toelaten om eventueel een schorsingsberoep in te stellen bij de Raad van State. Tevens wordt erop gewezen dat dit uitsluitend mag gebeuren via een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid en dat, indien verwerende partij binnen de toegestane termijn geen schriftelijke kennisgeving ontvangt, de procedure voor de uitvoering van de bedoelde opdracht zal worden voortgezet.

De aanbestedende overheid verwijst aldus op haar beurt naar een rechtsregeling die zoals hiervoor gezien te dezen echter niet toepasselijk is: boek IIbis is pas met de op de voorliggende opdracht nog niet van toepassing zijnde voormelde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993 ingevoerd. Dergelijke verwijzing is dus niet relevant en volstaat niet om verzoekende partij voor de Raad van State toe te staan een beroep doen op die procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

8.5. Er wordt voorts niet aangetoond dat er al een toewijzingsbeslissing werd genomen of dat deze nakend is. Evenmin blijkt dat door verwerende partij zou zijn gedreigd met de betekening van dergelijke toewijzingsbeslissing. In haar schrijven van 29 april 2010 wijst de aanbestedende overheid er enkel op dat bij gebrek aan beroep de procedure zal worden voortgezet, wat inhoudt dat de offertes van de geselecteerden nog zullen worden vergeleken aan de hand van de gunningscriteria.

8.6. Aldus is niet aangetoond dat een gewone schorsing onherroepelijk te laat zou komen om het aangevoerde nadeel te weren, welk nadeel verzoekende partij legt in het niet zelf kunnen uitvoeren van de opdracht.

VIII. Besluit

9. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat niet is voldaan aan de eerste van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die cumulatief moeten zijn vervuld wil een vordering tot schorsing worden toegewezen. Deze vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te verwerpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bvba Mindmover tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 10 juni 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	

Silja Doms,	griffier.
-------------	-----------

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest