

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 208.562 van 28 oktober 2010
in de zaak A. 197.817/XII-6362**

In zake:

1. de NV DREDGING INTERNATIONAL
2. de NV HYDRO SOIL SERVICES
3. de NV SMET F&C
samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTELIJK HAVENBEDRIJF
ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Kristien Van Lint en Leopold
Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV HERBOSCH-KIERE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat bij het Hof van Cassatie Johan Verbist en advocaat
Alexander Vandervennet
kantoor houdend te 1000 Brussel
Brederodestraat 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 28 september 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing d.d. 13 september 2010 om de opdracht betreffende het verdiepen van de kaaimuur van het Leopolddok, gelegen ter hoogte van kaai nr. 211 tot 217 in de haven van Antwerpen [...] en opgenomen in het bestek B9731, dat werd aangevuld door de addenda nrs. 1 en 2 [...], te gunnen aan Herbosch-Kiere op basis van de offerte van 13 augustus 2010 en de aanvullingen erop tijdens de onderhandelingen voor een bedrag van EUR 6.373.252,98, excl. BTW”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 oktober 2010, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Christian Dekoninck, die loco advocaat Kristof Roox eveneens verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaten David D’Hooghe en Kristien Van Lint, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Alexander Vandervennet, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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.

Bij brief van 20 oktober 2010 vraagt verzoekende partij de debatten te heropenen, steunende op gegevens uit hangende procedures bij de gewone rechter. In een brief van 21 oktober 2010 verzet verwerende partij zich tegen dat verzoek.

Op het verzoek wordt niet ingegaan.

III. Feiten

3.1. Verwerende partij schrijft een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking uit voor een overheidsopdracht van werken genaamd “Verdiepen van de kaaimuur aan het Leopolddok ter hoogte van kaai 211 – 217”.

3.2. Verzoekende partijen worden op 29 juni 2010 samen met een aantal andere kandidaten waaronder de nv Herbosch-Kiere geselecteerd.

3.3. De indiening van varianten op de in het bestek opgenomen basisoplossing is niet toegelaten (bestek, artikel 1.4).

3.4. Op 13 augustus 2010 dienen onder meer verzoekende partijen en de nv Herbosch Kiere een offerte in.

3.5. Bij deurwaardersexploot van 10 september 2010 dagvaardt verwerende partij verzoekende partijen voor de rechtbank van koophandel te Antwerpen.

Het gevraagde beschikkend gedeelte in de dagvaarding luidt onder meer:

- “- Te horen zeggen voor recht dat de werkwijze voor het verdiepen van een kaaimuur beschreven in het bestek nr. 9731 en de uitvoering daarvan, geen inbreuk maakt op het Europees octrooi 1 004 707 van eerste gedaagde (HSS);
- Het Europees octrooi EP 1 004 707 van eerste gedaagde (HSS) te horen nietigverklaren voor wat het Belgisch grondgebied betreft”.

Zij maakt daarbij gewag van het Europees octrooi EP 1 004 707, waarvan het Belgisch deel manifest gebrek aan nieuwheid, minstens uitvinderswerkzaamheid” zou vertonen, waarbij zij onder meer verwijst naar het eerder bestaan van het Belgisch octrooi 1 005 760 en naar een publicatie “Deepening of gravity quay walls by means of the very high pressure technique. A pilote project in the port of Antwerp” van L. Ponnet en L. Van der Eecken van HSS, openbaar gemaakt op het tiende International Harbour Congress dat van 15 tot 19 juni 1992 doorging in Antwerpen en dat werd gepubliceerd in de “Proceedings” van dat congres, in 1992 uitgegeven door de KVIV. Ook wordt in de dagvaarding vermeld dat de relevante elementen van de in het bestek nr. 9731 opgenomen werkwijze voor het verdiepen van een bestaande kaaimuur “volledig overeen[stemmen] met de elementen beschreven in en bekend gemaakt door het hierboven aangeduid Belgisch octrooi 1 005 760”, alsook:

“De werkwijze beschreven in het Belgisch octrooi 1 005 760 behoorde tot de stand van de techniek op de datum van de aanvraag van het Europees octrooi EP 1 004 707.

Het is duidelijk dat alle relevante elementen van de werkwijze voor het verdiepen van een kaaimuur beschreven in het bestek nr. 9731 op niet-inventieve wijze toepassing uitmaken van dit document uit de stand van de techniek.

Bovendien werd dezelfde werkwijze onder meer reeds toegepast bij de modernisering van de zuidkaai van het 5de havendok van de haven van Antwerpen die plaats vond in 1997.

De werkwijze beschreven in het bestek nr. 9731 en de uitvoering ervan kan dan ook geen inbreuk maken op een rechtsgeldig Europees octrooi EP 1 004 707”.

Deze procedure blijkt nog niet tot een vonnis te hebben geleid.

3.6. Intussen wordt de gunningsprocedure voortgezet, waarbij inschrijver nv Herbosch-Kiere als eerste wordt gerangschikt met 95,53 punten op 100, en verzoekende partijen als derde met 83,56 punten op 100.

Verwerende partij beslist op 13 september 2010 om de opdracht te gunnen aan de nv Herbosch-Kiere. Dit is de thans bestreden beslissing.

Inzake de problematiek van het Europees octrooi EP 1004707B1 vermeldt deze beslissing:

“Tevens dient melding gemaakt te worden van het schrijven van de THV Hydro Oil Services nv - Dredging International nv - Smet F&C nv dd. 5 augustus 2010. In dit schrijven beweert de THV dat de uitvoeringsmethode, zoals voorzien in het bestek, zou vallen onder de beschermingsomvang van het Europees octrooi met publicatienummer EPP 1004707B1, dat eigendom is van Hydro Soil Services. De THV verzocht het havenbedrijf in het schrijven tevens om met onmiddellijke ingang de lopende gunningsprocedure stop te zetten in toepassing van artikel 18, eerste lid, van de wet van 24 december 1993.

In een schrijven op 18 augustus 2010 van de raadsman van het havenbedrijf werd meegedeeld en gemotiveerd waarom het havenbedrijf niet zal ingaan op de verzonden ingebrekestelling, omdat het havenbedrijf over sterke en objectief ondersteunde gegevens beschikt die aantonen dat het Europees octrooi EP 1004707B1 niet geldig is, en die bovendien aantonen dat de uitvoeringsmethode, zoals voorzien in het bestek, door het havenbedrijf reeds gebruikt werd vóór de aanvraag van dit octrooi”.

3.7. Op 28 september 2010 dienen verzoekende partijen de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

3.8. Bij deurwaardersexploot van 11 oktober 2010 dagvaardt verwerende partij verzoekende partijen voor de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Antwerpen, zetelend in kort geding op 15 oktober 2010, om “in afwachting van een uitspraak ten gronde voorlopig vast te stellen”:

“– dat de werken van het verdiepen van kaaimuren beschreven in het bestek nr. 9731 overeenstemmen met de werken aan andere kaaimuren van de haven van Antwerpen die (in de periode 1993 - 1997) uitgevoerd werden, vóór het indienen van de octrooiaanvraag (25 november 1998) die geleid heeft tot het Europees octrooi EP 1 004 707, en derhalve een toepassing zonder enige inventieve toevoeging uitmaken van de stand van de techniek op deze datum,
– dat derhalve in het kader van de gunning en de uitvoering van de werken beschreven in het bestek nr. 9731 met betrekking tot het verdiepen van de kaaimuur in het Leopolddok van de haven te Antwerpen ter hoogte van kaaien 211 tot 217, geen inbreuk werd gepleegd op het Europees octrooi EP 1 004 707”.

De raadslieden van verwerende partij stelden eerder in een niet-vertrouwelijke brief van 6 oktober 2010 aan de raadsman van verzoekende partijen, met verwijzing onder meer naar hun nota en de opgeworpen exceptie van gebrek aan rechtsmacht van de Raad van State, dat de vordering bij de Raad enkel is ingesteld om verwerende partij te blokkeren in de gunning van de opdracht en stellen verzoekende partijen in gebreke om afstand te doen van de vordering tot schorsing voor de Raad van State en kondigen aan dat anders elke schade ten gevolge van de vertraging in de gunning van deze opdracht zal worden verhaald op verzoekende partijen. In een niet-vertrouwelijke antwoordbrief van 12 oktober 2010 antwoordt de raadsman van verzoekende partijen onder meer dat geen afstand zal worden gedaan en dat de niet-gekozen inschrijver het recht heeft om aanspraak te maken op een preventieve rechtsbescherming.

IV. Tussenkoms

4. Met een op 6 oktober 2010 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de nv Herbosch-Kiere 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. Rechtsmacht van de Raad van State

De excepties

5. Verwerende partij werpt op dat de Raad van State overeenkomstig de artikelen 144 en 145 van de Grondwet “niet bevoegd is (of geen rechtsmacht [heeft])” om kennis te nemen van de voorliggende vordering tot schorsing, in essentie “omdat de verzoekende partijen de schorsing van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing van 13 september 2010 vragen om de enige en uitsluitende reden dat de uitvoeringsmethode waarin voorzien is in het bestek, in toepassing van de Wet van 28 maart 1984 als uitvindingsoctrooi beschermd is en bijgevolg aan HSS, als verzoekende partij, titularis van het octrooi, een uitsluitend en tijdelijk recht van exploitatie verleent. Het enig middel

heeft als doel de intellectuele vermogensrechten waarop HSS meent titularis te zijn te beschermen”, zodat het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van de vordering “bijgevolg een betwisting is over het bestaan en de draagwijdte van een subjectief recht (m.n) het zgn. uitsluitend en tijdelijk recht op exploitatie van de in het bestek voorziene uitvoeringsmethode zoals dat beschermd zou zijn door het zgn. HSS-octrooi) dat de verwerende partij zou hebben geschonden door bij beslissing van 13 september 2010 de beoogde opdracht toe te wijzen aan de nv Herbosch-Kiere”.

De tussenkomende partij werpt een gelijkaardige exceptie op.

Zij specificeert dat volgens artikel 73 van de wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooien, enkel de rechtbank van koophandel kennis neemt van alle vorderingen inzake octrooien.

6. Betreffende de rechtsmacht van de Raad van State betogen verzoekende partijen dat deze zou voortvloeien uit artikel 65/24 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, dat voor de verhaalprocedures wat betreft gunningsbeslissingen inzake overheidsopdrachten zoals de bestreden beslissing, de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State als verhaalsinstantie zou aanwijzen.

Verzoekende partijen betogen voorts dat de verwerende partij, het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen, aanbestedende overheid, een administratieve overheid is in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Beoordeling

7. Overeenkomstig de artikelen 144 en 145 van de Grondwet zijn de hoven en rechtbanken uitsluitend of in beginsel bevoegd om kennis te nemen van geschillen over subjectieve rechten. Onder voorbehoud van een -te dezen niet bestaande- toewijzing van bevoegdheid inzake politieke rechten, is de Raad van State dan ook niet bevoegd om kennis te nemen van beroepen tot nietigverklaring

waarvan het werkelijke en rechtstreekse voorwerp een geschil over subjectieve rechten betreft.

8. Artikel 574 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt:

“De rechtbank van koophandel neemt, zelfs wanneer de partijen geen handelaar zijn, kennis:

[...]

15° van de in artikel 73 van de wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooien bedoelde vorderingen”.

Dat artikel 73 bepaalt in § 1:

“De rechtbanken van koophandel nemen, zelfs wanneer de partijen geen kooplieden zijn, kennis van alle vorderingen inzake octrooien of aanvullende beschermingscertificaten, ongeacht het bedrag van de vordering”.

9. Het formeel voorwerp van de voorliggende vordering is de beslissing van verwerende partij om de in het geding zijnde opdracht aan de nv Herbosch-Kiere te gunnen.

10. Het enig middel wordt door verzoekende partijen als volgt samengevat:

“Schending van artikel 98 §2 juncto artikel 77 van het Koninklijk Besluit van 10 januari 1996, van artikel 2 en artikel 52 van de wet van 28 maart 1984, alsmede van de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtsbeginsel patere legem quam ipse fecisti;

Doordat verwerende partij in het bestek heeft voorzien in een uitvoeringsmethode die, in toepassing van de wet van 28 maart 1984 als uitvindingsoctrooi beschermd is en bijgevolg aan verzoekende partij, titularis van het octrooi, een uitsluitend en tijdelijk recht van exploitatie verleent;

Doordat verwerende partij bevestigt dat de in het bestek opgenomen uitvoeringsmethode onder de bescherming van het HSS-octrooi valt, doch de geldigheid van het HSS-octrooi betwist en op deze basis bij de gunning van de opdracht het HSS-octrooi terzijde stelt;

Doordat verwerende partij, niettegenstaande zij reeds meer dan één maand voordien door verzoekende partij in kennis was gesteld van het bestaan van het HSS-octrooi, pas op 10 september 2010, d.w.z. twee kalenderdagen vóór

het nemen van de bestreden beslissing een bodemprocedure inleidt, waarbij de geldigheid van het HSS-octrooi wordt aangevochten;

Terwijl verwerende partij de verplichting heeft om

- (i) de bepalingen en voorschriften die zij in het bestek heeft op[ge]legd zelf na te leven;
- (ii) wanneer zij kennis neemt van het bestaan van een uitvindingsoctrooi, in casu het HSS-octrooi, verwerende partij gehouden is hetzij dit uitsluitend recht te eerbiedigen, hetzij de in het bestek opgelegde uitvoeringsmethode aan te passen;
- (iii) wanneer zij, niettegenstaande het HSS-octrooi, de in het bestek opgenomen uitvoeringsmethode behoudt, de hieraan verbonden juridische gevolgen dient op te nemen, m.n. alle offertes die niettegenstaande het rechtsgeldig bestaande HSS-octrooi en zonder geldige licentie door inschrijvers worden ingediend als substantieel onregelmatig verwerpen op grond van artikel 98 §2 juncto artikel 77 van het Koninklijk Besluit van 10 januari 1996;

Terwijl het te elfder ure inleiden van een bodemprocedure, waarbij de geldigheid van het HSS-octrooi wordt betwist, hierbij niet als rechtvaardiging kan worden ingeroepen nu verzoekende partij, overeenkomstig de beginselen van het gemeen recht, bij voorrang recht heeft op een herstel in natura wat betreft de schending van het HSS-octrooi, geconcretiseerd onder de vorm van een vordering tot staking, voorzien in de wet van 28 maart 1984, ten aanzien van eenieder die de rechten uit het HSS-octrooi schendt;

Terwijl, bovendien op grond van artikel 73 van de wet van 28 maart 1984, de rechtbank van koophandel exclusief bevoegd is om kennis te nemen van vorderingen betreffende de wet van 28 maart 1984, zoals door de rechtspraak van uw Raad bevestigd;

Terwijl ten slotte de uitvoeringsmethode zoals voorzien in het bestek, en waarvan verwerende partij bevestigt dat zij overeenstemt met het HSS-octrooi, een technische bepaling van het bestek vormt en de essentie van de uit te voeren opdracht raakt en, bijgevolg, overeenkomstig vaste rechtspraak uw Raad, de substantiële regelmatigheid van de offertes raakt”.

11. Het middel lijkt aldus als werkelijk en rechtstreeks voorwerp te hebben een betwisting rond intellectuele rechten te beslechten waarop verzoekende partijen aanspraak maken en die verwerende partij zou hebben geschonden door de bestreden beslissing. De Raad van State is krachtens de voormelde artikelen 144 en 145 van de Grondwet dienvolgens zonder rechtsmacht om kennis te nemen van dergelijk middel waarin de schending van burgerlijke rechten wordt aangevoerd. De betwisting lijkt te dezen tot de rechtsmacht van de gewone rechter te behoren en meer bepaald krachtens de aangehaalde artikelen 73

van de wet van 28 maart 1984 en 574 van het Gerechtelijk Wetboek, van de rechtbank van koophandel.

Zelfs wanneer, zoals verzoekende partijen aanvoeren en hetgeen verwerende partij in de nota tegenspreekt, zou worden aangenomen dat verwerende partij in feite niet betwist dat de uitvoeringsmethode opgenomen in bestek onder het betrokken octrooi valt, lijkt dit geen afbreuk te doen aan deze conclusie aangezien het middel dan nog steeds een voorafgaande uitspraak lijkt te veronderstellen over de rechtsgeldigheid van dit octrooi en aldus over een subjectief recht.

Voorts zou, zelfs indien het bestaan en geldigheid van het octrooi niet zouden zijn betwist, te dezen betwisting zijn over de vraag of er al dan niet inbreuk is op het octrooi, en lijkt het middel alsdan daarover een voorafgaande inspraak te veronderstellen hetgeen ook de beslechting inhoudt van een betwisting over een subjectief recht.

Ook de argumentatie van verzoekende partijen in het enig middel dat een Europees octrooi *prima facie* voor rechtsgeldig moet worden gehouden, lijkt geen afbreuk te doen aan deze conclusie, te meer nu verwerende partij dit lijkt te betwisten; de vraag naar de gevolgen van een octrooi wanneer de geldigheid ervan ter discussie staat, lijkt overigens eveneens een vraag naar het bestaan en de draagwijdte van dit octrooi en dus wederom een vraag betreffende een subjectief recht.

12. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de exceptie een hoge graad van ernst vertoont. De Raad van State dient zich bijgevolg reeds in de huidige stand van de procedure zonder rechtsmacht te verklaren.

VI. Tergend en roekeloos geding

Standpunt van verwerende partij

13. Verwerende partij meent dat het van een kennelijk misbruik getuigt van de wettelijke verplichting die op de aanbestedende overheid rust om

een standstill-periode na te leven om thans een vordering tot schorsing wegens uiterst dringende noodzakelijkheid in te stellen, terwijl:

(1°) verzoekende partijen zich uitsluitend beroepen op de vermeende schending van een subjectief recht zodat de Raad van State kennelijk niet bevoegd is;

(2°) het middel kennelijk niet ernstig is;

(3°) verzoekende partijen voordien geen enkele actie hebben ondernomen teneinde het “zgn. HSS-octrooi” te vrijwaren.

Het is voor verwerende partij “dan ook duidelijk dat verzoekende partijen met hun vordering tot schorsing wegens uiterst dringende noodzakelijkheid niet zozeer de bescherming van hun octrooi nastreven, maar integendeel enkel het blokkeren van de gunningsprocedure voor ogen hebben met het oog op het berokkenen van schade aan het Havenbedrijf, via een oneigenlijk gebruik/misbruik van de rechtsbeschermingsmogelijkheden die de overheidsopdrachtenreglementering biedt”. Dergelijk gedrag van verzoekende partijen, waarbij uiterst lichtzinnig wordt omgegaan met de bij wet ter beschikking gestelde beroepsmogelijkheden, moet worden tegengegaan, aldus verwerende partij. Bij brief van 30 augustus 2010 heeft verwerende partij verzoekende partijen uitdrukkelijk gewezen op het tergend en roekeloos karakter van hun houding.

In het licht hiervan is het volgens verwerende partij verantwoord om verzoekende partijen, in de gegeven omstandigheden, op grond van artikel 65/27 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, tot een billijke schadevergoeding te veroordelen wegens het tergend en roekeloos karakter van haar vordering. Minstens dienen verzoekende partijen te worden veroordeeld tot een geldboete wegens kennelijk onrechtmatig beroep in de zin van artikel 37 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Beoordeling

14. Het bestaan van een kennelijk onrechtmatig beroep of een tergende en roekeloze verhaalsprocedure wordt te dezen niet afdoende aangetoond, daargelaten de vraag of Raad van State in het administratief kort geding, zeker

zoals te dezen bij uiterst dringende noodzakelijkheid gevoerd, de door de verwerende partij ingeroepen bepalingen kan toepassen.

Het enkele feit dat verzoekende partijen voor hun rechten opkomen en beslissingen bestrijden die zij onwettig achten, is in elk geval niet als kennelijk onrechtmatig of tergend en roekeloos aan te merken.

Voorts koppelt verwerende partij de kwalificatie van kennelijk onrechtmatig beroep en tergend en roekeloos verhaal aan het feit dat verzoekende partijen zich uitsluitend beroepen op de vermeende schending van een subjectief recht en het kennelijk niet ernstig karakter van het middel. De Raad van State kan dit middel, zoals reeds vastgesteld, echter niet onderzoeken en zelfs indien al zou worden aangenomen dat de Raad van State kennelijk zonder rechtsmacht is, houdt dit niet automatisch in dat de vordering de voormelde kwalificaties verdient. Ten slotte lijkt het ook niet dat de -kortlopende- procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid voor de Raad van State effectief de gunningsprocedure dermate blokkeerde dat het de in de nota ingeroepen schade voor verwerende partij tot gevolg zou hebben.

BESLISSING

- 1. Het verzoek van de nv Herbosch-Kiere tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.**
- 2. De Raad van State verwerpt de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.**
- 3. Er is geen reden om een geldboete wegens kennelijk onrechtmatig beroep of schadevergoeding wegens tergend en roekeloos verhaal aan verzoekende partij op te leggen.**
- 4. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 525 euro, elk voor een derde.**

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 28 oktober 2010, door de Raad van State, XII^e kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest