

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 217.839 van 9 februari 2012
in de zaak A. 203.145/XII-6793**

In zake: de NV SMET – F & C
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Koen Belmans
kantoor houdend te 2440 Geel
Possonsdries 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV WATERWEGEN EN ZEEKANAAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Lenders
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV FRANKI CONSTRUCT
2. MAX BÖGL INTERNATIONAL SE
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Jonas Riemsdagh
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Cogels Osylei 61
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 5 januari 2012, strekt tot de schorsing
bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “- de beslissing van 19 december 2011 van de NV Waterwegen en Zeekanaal, goedgekeurd door Ingenieur Wim Dauwe, waarbij de opdracht volgens bestek nr. 16/EI/11/29 van openbare aanbesteding voor een aanneming van werken Scheldekaaien te Antwerpen. Uitvoeringsfase. Zeeschelde R.O. te Antwerpen. Kaaimuurstabilisatie Sint-Andries en Zuid. Deel 1 voorgesteld wordt te gunnen aan THV Franki Construct - Max Bögl, te 2550 Kontich, Kartuizersweg 1 voor een bedrag van € 6.907.928,89 (excl. BTW) als beweerde laagste regelmatige inschrijver en niet aan [de nv Smet – F&C] omdat haar offerte als materieel onregelmatig wordt beschouwd (cf stuk 7).
- De overheidsopdracht tot gunning van deze werken aan THV Franki Construct - Max Bögl, Kartuizersweg 1, 2550 Kontich, voor vermeld bedrag dd. 22 december 2011 (cf stuk 8)
- De impliciete beslissing van de NV Waterwegen en Zeekanaal om de voormelde opdracht niet aan [de nv Smet – F&C] te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 20 januari 2012 heeft de nv Franki Construct en Max Bögl International SE, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 31 januari 2012, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Koen Belmans, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Christophe Lenders, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Dirk Van Heuven, 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.

III. Feiten

3.1. Verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor een aanneming van werken, in de aankondiging genaamd “Scheldekaaien te Antwerpen. Uitvoeringsfase. Zeeschelde R.O. te Antwerpen. Kaaimuurstabilisatie Sint-Andries en Zuid. Deel 1”.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 14 oktober 2011 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 19 oktober 2011 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Vier inschrijvers, waaronder verzoekende partij en de thv Franki Construct – Max Bögl, dienen een offerte in

3.4. In het gunningsverslag van 19 december 2011 wordt besloten dat alle offertes regelmatig zijn, behalve deze van verzoekende partij, “wegens het abnormaal karakter van het offertebedrag”. Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de thv Franki Construct – Max Bögl, die de laagste regelmatige offerte indiende.

3.5. De gedelegeerd bestuurder en de voorzitter van verwerende partij besluiten op 22 december 2011, met verwijzing naar het gunningsverslag waarvan de motivering en het besluit geheel worden onderschreven en dat tot integraal deel van de gunningsbeslissing wordt verklaard, om de opdracht te gunnen aan de thv Franki Construct – Max Bögl voor een bedrag van 6.907.928,89 euro.

3.6. Met een aangetekende brief van 23 december 2011 en volgens de nota ook met een faxbericht van diezelfde datum deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat haar offerte onregelmatig is bevonden en wordt geweerd. In die kennisgeving wordt melding gemaakt van artikel 65/8 van de wet

van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en wordt een wachttermijn van 15 kalenderdagen gegeven om in voorkomend geval een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te stellen.

3.7. Op 5 januari 2012 wordt met een enig verzoekschrift een annulatieberoep en de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend.

IV. Tussenkomen

4. Verzoekende partijen in tussenkomen blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet hun verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

Voorwerp van de vordering

5. Verwerende partij en tussenkomende partijen werpen excepties op betreffende het voorwerp van de vordering.

6. Op 22 december 2012 beslisten de voorzitter van de raad van bestuur en de gedelegeerd bestuurder van verwerende partij de motivering en het besluit van gunningsverslag geheel te onderschrijven en de opdracht te gunnen aan de thv Franki Construct – Max Bögl. Tegelijk werd beslist de offerte van verzoekende partij te weren wegens onregelmatigheid, zodat mag worden aangenomen dat de in die beslissing uitgedrukte onregelmatigverklaring de eerste bestreden beslissing is en niet het voorstel daartoe. Dit is als aangevochten beslissing aangegeven in het inleidend verzoekschrift maar is op zichzelf geen aanvechtbare akte, hetgeen verwerende en tussenkomende partij terecht betogen.

In de huidige stand van het geding wordt voorts aangenomen dat verzoekende partij, met het tweede voorwerp van de vordering, “de overheidsopdracht tot gunning van deze werken aan de thv Franki Construct – Max

Bögl [...] voor vermeld bedrag dd. 22 december 2011”, ook de voormelde beslissing van 22 december 2011 bedoelt, in zoverre ze een gunning bevat, zoals ook met voldoende zekerheid kan worden afgeleid uit de verwijzing daarbij naar stuk 8 bij het verzoekschrift, dat de beslissing van 22 december 2011 is, zoals ook aangenomen wordt door tussenkomende partijen, en niet, zoals verwerende partij stelt, het contract tussen verwerende partij en de thv Franki Construct – Max Bögl. Het blijkt trouwens niet dat dit reeds tot stand is gekomen.

De excepties worden niet aanvaard.

Aanvechtbaarheid van de bestreden beslissingen

7. Ambtshalve moeten vragen worden gesteld bij de ontvankelijkheid van het beroep, meer bepaald of de bestreden beslissingen – de eerste twee verwoord en de derde vervat in de voormelde beslissing van 22 december 2011 - wel als definitieve beslissingen met rechtsgevolgen mogen worden gekwalificeerd.

In de beslissing zelf van 22 december 2011, genomen door de voorzitter en de gedelegeerd bestuurder van verwerende partij, is niets vermeld over een bekrachtiging van die beslissing door de raad van bestuur.

Verwerende partij heeft, op vraag van het auditoraat, een uittreksel bezorgd van de notulen van de vergadering van de raad van bestuur van 9 november 2011, die aan de voorzitter en de gedelegeerd bestuurder volmacht verleent tot het “goedkeuren” van een aantal gespecificeerde dossiers, waaronder dit betreffende voorliggende opdracht, en deze te laten bekrachtigen op de zitting van de raad van bestuur van 11 januari 2012, dit alles met het oog op het uitvoeren van de budgettaire programma’s 2011.

Uit een uittreksel uit de notulen van de raad van bestuur van 11 januari 2012 blijkt echter dat dan werd besloten om de behandeling van het in het geding zijnde dossier te verdagen naar de volgende zitting van de raad van bestuur en dat de directie werd gevraagd “het dossier aan een controlenazicht te onderwerpen en hierover verslag uit te brengen”.

In een voorgelegd uittreksel uit het “programmabesluit” van 5 januari 2012 waarin de beslissingen worden weergegeven die werden genomen in uitvoering van de voormelde beslissing van 9 november 2011 – wordt in fine weliswaar gevraagd de genomen beslissing tot gunning te bekrachtigen en wordt eerder ook naar een toewijzing van de opdracht aan tussenkomende partijen verwezen, maar wordt ook gesteld dat dit “voornemen” werd gemeld aan de inschrijvers.

8. Uit de voormelde stukken lijkt in elk geval te kunnen worden afgeleid dat de beslissing van 22 december 2011 blijkbare werd genomen door de voorzitter en de gedelegeerd bestuurder op grond van de op 9 november 2011 door de raad van bestuur verleende volmacht, volmacht die inhoudt dat de beslissing nog door de raad van bestuur diende te worden bekrachtigd.

Die beslissing lijkt aldus, zolang ze niet is bekrachtigd door de raad van bestuur, nog niet te mogen worden ten uitvoer gelegd om rechtsgevolgen te doen ontstaan, bijvoorbeeld door het sluiten van het contract met de gekozen inschrijver.

Ter terechtzitting, waarop de hier besproken vraagstelling aan de partijen werd voorgelegd, bevestigt de raadsman van de verwerende partij dat de in het vooruitzicht gestelde bekrachtiging door de raad van bestuur nog geen doorgang heeft gevonden.

De te dezen bestreden beslissing waaraan, zo lijkt het, aldus nog geen uitvoerbare kracht kleeft, mag voor de Raad van State slechts worden aangevochten nadat de stellers de bekrachtiging van die beslissing hebben verworven, hetgeen te dezen niet het geval is.

Het beroep tot nietigverklaring, dat samen met de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid werd ingesteld, is dienvolgens voorbarig en niet ontvankelijk. Ook de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid deelt dit lot. Krachtens artikel 17, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, kan de schorsing immers

enkel worden bevolen indien de bestreden beslissing vatbaar is voor nietigverklaring.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

9. Er anders over beslissen zou met zich lijken mee te brengen dat de Raad van State de rechtmatigheid zou beoordelen van een nog te bekrachtigen beslissing, waarna het tot bekrachtigen bevoegde orgaan – te dezen de raad van bestuur – met kennis van het standpunt van de Raad van State, al dan niet zou bekrachtigen. Dergelijke *modus operandi* lijkt niet te kunnen worden ingepast, zo al niet in de jurisdictionele rechtsbescherming in het algemeen, dan toch zeker niet in de specifieke regeling daarvan inzake overheidsopdrachten, op grond van de voormelde wet van 24 december 1993, boek IIbis – “Motivering, informatie en rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten”, zijnde artikel 65 van die wet.

De te dezen verrichte betekening van een niet definitieve gunningsbeslissing, lijkt dienvolgens geen rechtskracht te hebben. Het lijkt niet verenigbaar met artikel 65 van de meer vermelde wet van 24 december 1993 en met het gezag van gewijsde van huidig arrest als verwerende partij hierna zou handelen alsof de in artikel 65/11 van laatstgenoemde wet voorgeschreven wachttermijn reeds zou zijn nageleefd. Na eventuele bekrachtiging door de raad van bestuur van de bestreden beslissing, zal die beslissing, alsdan uitvoerbaar, immers onderworpen zijn aan de in artikel 65/8,§1, van meer vermelde wet voorgeschreven verplichting tot kennisgeving.

10. Verwerende partij heeft te dezen de kennisgeving op een dergelijke wijze verricht, dat verzoekende partij redelijkerwijze mocht denken voor de betekening van een definitieve, uitvoerbare beslissing te staan, zeker nu daarbij zelfs nergens melding werd gemaakt van de noodzakelijke bekrachtiging. Verzoekende partij is aldus misleid en het kan haar niet worden ten kwade geduid dat zij de Raad van State heeft gevat. Zulks kan in overweging worden genomen bij de latere beslissing over de kosten.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Franki Construct en Max Bögl International SE, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 250 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 februari 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest, kamervoorzitter,
bijgestaan door

Frank Bontinck, griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest