

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

ALGEMENE VERGADERING

A R R E S T

**nr. 222.357 van 1 februari 2013
in de zaak A. 197.694/G-123**

In zake : de NV VANASSCHE FIREFIGHTING ENGINEERING
voorheen de nv Etn Pol Vanassche & Cie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Rik Honore en Nele Vercruysse
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 4 A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de GEMEENTE WEVELGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Sofie Logie
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 6/24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 14 september 2010 strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing [van] 7.7.2010 van [het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Wevelgem] waarbij de opdracht gegund werd aan NV Somati Vehicles (inclusief de impliciete beslissing om de opdracht niet [aan de nv Vanassche Firefighting Engineering] te gunnen) en [van] de beslissing dd. 12.2.2010 waarbij het bestek nr 2063/01410 met het oog op de aankoop van een autopomp ten behoeve van de brandweer werd goedgekeurd”.

II. Verloop van de rechtspleging

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

Met een beschikking van 14 maart 2012 is de zaak verwezen naar de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting van de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak, die heeft plaatsgevonden op 4 december 2012.

Staatsraad Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Fien D'Haenens, die loco advocaten Rik Honore en Nele Vercruysse verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Sofie Logie, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een 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. De gemeenteraad van Wevelgem keurt bij beslissing van 12 februari 2010 het bijzonder bestek nr. 2063/01410 goed voor de overheidsopdracht bij algemene offerteaanvraag met betrekking tot de aankoop van een autopomp ten behoeve van de brandweer. De gunningscriteria zijn: 1. technische kwaliteit, 2. veiligheid, 3. leveringstermijn, en 4. prijs. Deze gemeenteraadsbeslissing van 12 februari 2010 is het *derde voorwerp* van het beroep.

De opening van de offertes heeft plaats op 13 april 2010. Onder anderen de verzoekster diende een offerte in.

In het verslag van 23 juni 2010 van nazicht van de offertes wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Somati Vehicles, die in de eindrangschikking de eerste plaats bekleedt, met 94,395 punten, en daarmee de onderneming met de economisch meest voordelige regelmatige offerte is.

Het college van burgemeester en schepenen beslist op 7 juli 2010 zijn goedkeuring te hechten aan het verslag van nazicht van de offertes en de opdracht aan de nv Somati Vehicles te gunnen. Dit besluit is het *eerste voorwerp* van het beroep. De er uit afgeleide weigering om de opdracht aan de verzoekster te gunnen is het *tweede voorwerp* van het beroep.

IV. Ontvankelijkheid

A. Niet-rechtsgeldige beslissing om in rechte op te treden

Standpunt van de verwerende partij

4. In een eerste van vier ontvankelijkheidsexcepties werpt verwerende partij op dat de raadslieden van de verzoekster niet rechtsgeldig zijn gemachtigd om het beroep in te dienen: de raad van bestuur gaf hun immers een

mandaat tot het indienen van een verzoekschrift “in tussenkomst”.

Beoordeling

5. Bij beslissing van 13 september 2010 heeft de raad van bestuur van de verzoekster tot het instellen van het beroep besloten. Dat wordt overigens niet betwist door verwerende partij.

Het staat derhalve vast dat behoorlijk tot het in rechte treden is besloten door het bevoegde orgaan van de rechtspersoon. Het onzorgvuldig taalgebruik, vervolgens, in de opdracht van de raad van bestuur aan haar raadslieden, doet dat niet teniet.

De exceptie wordt verworpen.

B. Laattijdigheid wat het derde voorwerp betreft

Standpunt van de partijen

6. Volgens een tweede exceptie heeft de verzoekster minstens vanaf het indienen van haar offerte op 13 april 2010 kennis van het bestek dat met de gemeenteraadsbeslissing van 12 februari 2010 is goedgekeurd. De termijn van zestig dagen om tegen deze beslissing een beroep in te stellen, is ruimschoots overschreden. Het beroep is wat die beslissing betreft, te laat.

7. In de memorie van wederantwoord repliceert de verzoekster dat uit het arrest van de Raad van State inzake de nv Labonorm, nr. 152.173 van 2 december 2005, volgt dat haar beroep niet te laat is ten aanzien van de beslissing van 12 februari 2010. In het arrest wordt volgens haar “uitdrukkelijk erkend [...] dat de beslissing waarbij het bestek vastgesteld werd nog aangevochten kan worden na het nemen van de gunningsbeslissing”.

Beoordeling

8. De verzoekster leest het arrest, en de andere waarnaar zij verwijst, verkeerd.

Eén zaak is de ontvankelijkheid *ratione temporis* van het beroep dat zich rechtstreeks richt tegen het bestek; een andere betreft de mogelijkheid om, niettegenstaande geen dergelijk beroep is ingesteld, toch nog op ontvankelijke wijze de onregelmatigheden die aan het bestek zouden kleven in te roepen in het kader van een beroep tegen latere beslissingen inzake de gunningsprocedure. De passus uit het arrest, waarin de verzoekster steun zoekt, heeft het uitsluitend over het laatste.

In zoverre de verzoekster het bestek rechtstreeks wil aanvechten, dient zij zulks binnen de voorgeschreven zestig-dagentermijn te doen. Het blijkt niet, noch wordt het zelfs maar beweerd, dat daar te dezen aan voldaan is.

Bijgevolg is er reden om de exceptie in te willigen. Het beroep is onontvankelijk in zoverre het de nietigverklaring van de gemeenteraadsbeslissing van 12 februari 2010 beoogt.

C. Gebrek aan belang bij het bestrijden van het eerste voorwerp

Standpunt van de verwerende partij

9. In de memorie van antwoord betoogt verwerende partij dat de verzoekster niet het rechtens vereiste belang heeft bij het bestrijden van de gunningsbeslissing. Immers zal de opdracht reeds uitgevoerd zijn op het moment dat over het beroep uitspraak wordt gedaan en streeft de verzoekster enkel het verkrijgen van een schadevergoeding na. Weliswaar had zij tegen de gunningsbeslissing een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid kunnen instellen “met het oog op een effectieve uitvoering van de opdracht, zijnde

het enige doel van de indiening van een offerte”, maar zij heeft zulks niet gedaan. Hierdoor is ook de situatie van verwerende partij minder gunstig: indien zo’n vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid was ingediend en de Raad zou van oordeel zijn geweest dat de gunningsbeslissing onwettig is, zou zij “alsnog een nieuwe gunningsbeslissing genomen kunnen hebben”.

In de laatste memorie benadrukt verwerende partij dat het belang dat ertoe beperkt is een vordering tot schadevergoeding te staven, onvoldoende verband houdt met de aard en de finaliteit van een annulatieberoep nu het beoogde voordeel geen verband houdt met het verdwijnen van het besluit uit het rechtsverkeer.

Beoordeling

10. Als indiener van een offerte in het kader van de besproken overheidsopdracht heeft de verzoekster er een belang bij of een belang bij gehad om de opdracht te verkrijgen. Tevens heeft de aangevoerde schending de verzoekster benadeeld, doordat ze juist heeft meegebracht dat de opdracht niet aan haar maar aan een andere inschrijver werd gegund. De verzoekster heeft er dan ook een voldoende belang bij om die beslissing tot gunning van de opdracht aan een derde te doen vernietigen.

De omstandigheid dat intussen een contract tot stand is gekomen en dat dit contract zelfs al uitgevoerd zou zijn, doet voor dat belang niet ter zake. Het belang bij het beroep tot nietigverklaring van, bijvoorbeeld, de gunningsbeslissing wordt principieel los beoordeeld van het contract dat er op gevolgd is. Het is nu eenmaal inherent aan het beroep tegen een dergelijke, zogenaamd afsplitsbare, rechtshandeling dat het zonder directe weerslag blijft op het contract, waaromtrent niet de Raad van State maar de gewone rechter bevoegd is.

Evenmin doet het dan ter zake dat de verzoekster niet met een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid heeft getracht te

voorkomen dat het contract gesloten en uitgevoerd werd.

De exceptie wordt verworpen.

D. Gebrek aan belang bij het bestrijden van het tweede voorwerp

Standpunt van de verwerende partij

11. In een vierde exceptie werpt verwerende partij op dat de verzoekster zonder belang is in zoverre het beroep gericht is tegen de weigering om de opdracht aan haar te gunnen.

Toegelicht wordt in de memorie van antwoord dat de verzoekster in geen enkel middel de rechtsplicht aanvoert om de opdracht aan haar te gunnen, dat in geval van een offerteaanvraag de overheid over een discretionaire bevoegdheid beschikt en dat de Raad van State zich niet in de plaats van de aanbestedende overheid mag stellen om te beslissen aan wie de opdracht moet worden toegewezen. Volgens verwerende partij toont de verzoekster dan ook niet aan welk belang zij erbij heeft om naast de vernietiging van de gunningsbeslissing, bovendien de vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing te verkrijgen.

In de laatste memorie stelt verwerende partij vast dat de auditeur bijvalt dat de exceptie gegrond is en meent zij dat de verzoekster hierop niet reageert. Zij leidt er uit af “dat verzoekende partij niet langer aandringt en dat het beroep niet ontvankelijk moet worden verklaard wat de bestrijding van de impliciete beslissing om de opdracht niet aan haar te gunnen betreft”.

Beoordeling

12. In de laatste memorie vraagt de verzoekster uitdrukkelijk dat de procedure wordt voortgezet en de vernietiging wordt bevolen van, eveneens, de beslissing om de opdracht niet aan haar toe te kennen. Het is derhalve onjuist dat de

verzoekster niet langer zou aandringen op de inwilliging van haar beroep wat het tweede voorwerp betreft.

13. Wanneer een welbepaald voordeel, zoals te dezen de gunning van een overheidsopdracht tot aankoop van een autopomp, in mededinging wordt gesteld en dit voordeel uiteindelijk, expliciet, aan één van de gegadigden wordt toegewezen, dan doet – in de regel – die toewijzingsbeslissing er *ipso facto* en noodzakelijk van blijken dat het kwestieuze voordeel niet aan de andere gegadigden wordt verleend. Wordt, op beroep van een gedupeerde kandidaat, de expliciete toewijzingsbeslissing vernietigd, dan verdwijnt daardoor meteen ook de weigering om het voordeel aan de andere gegadigden te verschaffen, in zoverre ze alleen uit het bestaan van de toewijzingsbeslissing kon worden afgeleid.

Niettemin heeft de rechtspraak in dergelijke gevallen aangenomen dat een verzoeker naast de vernietiging van de toewijzing aan de concurrent, supplementair ook de vernietiging kan vragen én kan verkrijgen van de uit de toewijzing gebleken impliciete weigering om het bewuste voordeel aan hemzelf toe te kennen. De jurisprudentiële techniek van de bijkomende vernietiging van de impliciete weigering strekt ertoe de verzoeker ruimere waarborgen te verschaffen wat het rechtsherstel betreft dat na een nietigverklaring door de overheid moet worden verstrekt.

14. Deze jurisprudentiële techniek moet, naar het oordeel van de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, weliswaar worden voorbehouden aan uitzonderlijke gevallen.

Bij uitstek zo een exceptioneel geval is datgene waarin de verzoeker specifiek aannemelijk maakt, in zijn middelen, dat het aan de derde verstrekte voordeel integendeel aan hemzelf moest zijn toegekend. Dit houdt niet noodzakelijk in dat de verzoeker zich moet beroepen op een wettelijke of reglementaire bepaling op grond waarvan het voordeel aan hem diende te worden verleend. Ook in een geval waarin er voor de overheid initieel een discretionaire

beoordelingsmarge bestond, kan het mogelijk zijn dat binnen het raam van het annulatieberoep, alle concrete omstandigheden van de zaak in acht genomen, dient te worden aangenomen dat die overheid niet wettig (meer) vermag te weigeren het voordeel aan de verzoeker te geven.

Nog andere dergelijke exceptionele gevallen zijn niet bij voorbaat uit te sluiten, maar hun uitzonderlijkheid moet dan toch steeds op een overtuigende, afdoende wijze beargumenteerd zijn geworden door de verzoeker.

15. In dit licht wordt niet aangenomen dat het beroep tegen de impliciete beslissing om een opdracht na offerteaanvraag niet aan de verzoeker te gunnen, *a priori* onontvankelijk is.

Ten minste blijft, met het oog op een uitspraak over het supplementaire beroep tegen de impliciete weigering om de opdracht aan verzoeker te gunnen, altijd na te gaan of deze een middel aanvoert dat, gelet op alle gegevens waarmee in het kader van het beroep moet worden rekening gehouden, tot de vaststelling leidt dat de overheid geen andere keuze heeft dan de opdracht aan verzoeker te gunnen.

De besproken exceptie vermag dus niet te beletten dat wordt overgegaan tot een onderzoek van de middelen die tegen de impliciete weigeringsbeslissing zijn aangevoerd. De beoordeling van de exceptie leidt tot die van de grond van het geschil en gaat erin op.

16. Te dezen doet verzoekster gelden, in antwoord op de exceptie, dat zij “meent dat de opdracht ten onrechte aan Somati Vehicles toegekend werd en dat de opdracht aan haar toegekend diende te worden”. Zij voert twee middelen aan. Het eerste middel wordt expliciet níet tegen de impliciete weigering gericht; het tweede daarentegen viseert uitdrukkelijk en speciaal de impliciete weigering om de opdracht aan verzoekster te gunnen.

In dat tweede middel betoogt verzoekster in essentie dat de offerte van de begunstigde, de nv Somati Verhicles, met een substantiële nietigheid is behept en door verwerende partij moest zijn geweerd.

In dat verband blijkt uit de eerste vaststellingen van de Raad van State dat de offerte van verzoekster in de eindrangschikking van 23 juni 2010, waarop de bestreden gunning berust, als derde voordeligste werd geklasseerd (met 92,28 punten) en dat de tweede best geklasseerde kandidate (de nv Garage Dias & Zn., met 92,84 punten) geen beroep tegen de gunning heeft ingesteld, maar inactief is gebleven en zodoende, in het kader van het voorliggende beroep, vervallen is van haar uit de eindrangschikking voortkomende rechtsaanspraken op gunning.

Dat tweede middel is niet onderzocht worden. Er is derhalve reden tot een aanvullend auditoraatsonderzoek.

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

- 1. Het debat wordt heropend.**
- 2. Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt met een aanvullend onderzoek belast.**
- 3. De zaak wordt teruggewezen naar de XII^{de} kamer.**

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op één februari tweeduizend dertien, door de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak, die was samengesteld uit :

de HH. Roger Stevens,
Dierk Verbiest,

Voorzitter van de Raad van State,
kamervoorzitter,

	Michel Leroy,	kamervoorzitter,
	André Vandendriessche,	kamervoorzitter,
Mevr.	Odile Daurmont,	kamervoorzitter,
de HH.	Jacques Vanhaeverbeek,	kamervoorzitter,
	Paul Lewalle,	staatsraad,
	Daniël Moons,	staatsraad,
	Johan Lust,	staatsraad,
Mevr.	Simone Guffens,	staatsraad,
de H.	Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Mevr.	Colette Debroux,	staatsraad,
de HH.	Eric Brewaeys,	staatsraad,
	Imre Kovalovszky,	staatsraad,
	Pierre Lefranc,	staatsraad,
	Jan Clement,	staatsraad,
	Michel Pâques,	staatsraad,
	Luc Cambier,	staatsraad,
	Bert Thys,	staatsraad,
	Pierre Barra,	staatsraad,
Mevr.	Diane Déom,	staatsraad,
de H.	David De Roy,	staatsraad,
Mevr.	Danièle Langbeen,	hoofdgriffier.

De Hoofdgriffier,

De Voorzitter van de Raad van State,

Danièle Langbeen.

Roger Stevens.