RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 223.160 van 16 april 2013
in de zaak A. 196.460/XII-6194

In zake: de BVBA CHALLENGE MC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Danni Kerremans
kantoor houdend te 2970 Schilde
Wijnegemsteenweg 83-85
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NATIONALE LOTERIJ
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
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Cies Gysen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 14 mei 2010, strekt tot de nietigverklaring 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. Bij arrest nr. 205.058 van 10 juni 2010 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting ingediend.

De bvba Mindmover heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 17 november 2010.

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

Auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 januari 2013.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Philippe Vande Casteele, die loco advocaat Danni Kerremans verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Sarah Moens, die loco advocaat Frederik Vandendriessche 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 gesplitst in twee percelen. Het eerste perceel betreft evenementen in het Vlaamse Gewest. Het tweede perceel betreft evenementen in het Waalse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. De inschrijvers mogen zich slechts kandidaat stellen voor één van de twee percelen.

Het doel van de gunningsprocedure is het sluiten van een raamovereenkomst met drie opdrachtnemers per perceel.

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. De kandidaturen worden getoetst aan de selectiecriteria en krijgen een score op 200 punten. In dit

rapport wordt voorgesteld om voor perceel 1 de kandidaten All Assistance Agency (200 op 200 punten), Mindmover (200 op 200 punten) en Start People (160 op 200 punten) te selecteren.

De kandidatuur van verzoekende partij voor perceel 1 krijgt 100 op 200 punten, wordt hiermee als laatste gerangschikt en wordt dienvolgens niet geselecteerd.

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 voor perceel 1 niet in aanmerking te nemen. Als bijlage wordt een kopie toegevoegd van voormeld "evaluatierapport".

3.7. Op 14 mei 2010 stelt verzoekende partij het voorliggende beroep in.

3.8. In het Bulletin der Aanbestedingen van 23 september 2010 verschijnt een aankondiging van de gegunde opdracht waarin wordt bekendgemaakt dat de kwestieuze "raamovereenkomst hostessteam" wat perceel 1 - evenementen in het Vlaamse Gewest betreft, op 21 juni 2010 werd gegund aan All Assistance Agency, Mindmover en Start People.

IV. Voorwerp van het beroep

4.1.1. In de aanhef van het verzoekschrift vraagt verzoekende partij de nietigverklaring 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'".

4.1.2. In de memorie van antwoord werpt verwerende partij een *exceptio obscuri libelli* op tegen deze omschrijving van het voorwerp van het beroep.

4.2. De Raad van State verwerpt de exceptie.

Uit het geheel van het verzoekschrift en de middelen mag worden besloten dat het beroep zoals het *ab initio* is ingediend, gericht is tegen de beslissing van de Nationale Loterij van 20 april 2010 om de kandidatuur van verzoekende partij voor de overheidsopdracht "raamovereenkomst hostessteam" – perceel 1 – evenementen in het Vlaamse Gewest, niet te selecteren en drie andere kandidaten wel te selecteren.

V. Belang

Standpunten van de partijen

5.1. Verzoekende partij doet in haar laatste memorie, ingediend op 23 augustus 2012, het volgende gelden:

> "2. [Verwerende partij heeft] een gunningsbeslissing […] genomen op 21 juni 2010, aldus een mededeling in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 september 2010.
>
> In de huidige zaak heeft verwerende partij de memorie van antwoord neergelegd ter griffie op 2 september 2010. Ze heeft in dat procedurestuk niet aangegeven aan verzoekster en [de] Raad dat er een gunningsbeslissing was, alhoewel die nu blijkbaar van 21 juni 2010 dagtekent. Evenmin bevat het administratief dossier enige informatie hierover. Er werd ten slotte ook geen exceptie dienaangaande opgeworpen.
>
> Bovendien werd deze gunningsbeslissing ook niet ter kennis gebracht van verzoekster, dit alhoewel verzoekster individueel betrokken is. Dit moest wel gebeuren en zal ooit gebeuren.
>
> 3. Verzoekster breidt het voorwerp [van het beroep] uit naar de eindbeslissing dd. 21 juni 2010 […]. De vernietiging van haar uitsluiting

brengt overigens bij wijze van gevolgtrekking de vernietiging van de aanwijzing van de laureaat, *in casu* Start People, met zich mee.

4. Hierbij verwijst verzoekster naar de rechtspraak over de complexe rechtshandeling betreft, inzonderheid de arresten (Alg. Verg.) nv Amec Spie Belgium en nv Labonorm dd. 2 december 2005".

5.2. In haar laatste memorie ingediend op 5 september 2012 werpt verwerende partij op dat het beroep niet ontvankelijk is om volgende reden:

"3. Het beroep van verzoekende partij strekt tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en tot nietigverklaring van de beslissing om de offerte van verzoekende partij niet te selecteren en drie andere kandidaten wel te selecteren. Zoals hierboven reeds uiteengezet werden op heden de opdrachten reeds gegund, hetgeen blijkt enerzijds uit de totstandgekomen raamovereenkomsten en anderzijds de bekendmaking ervan in het Bulletin. Verzoekende partij was hiervan ook op de hoogte, of diende dit als zorgvuldig handelende partij minstens te zijn. Desondanks heeft verzoekende partij (of enige andere partij), niet binnen de wettelijk vereiste termijn een beroep ingesteld tegen deze toewijzing van de opdracht. Aldus ontbreekt het verzoekende partij aan het wettelijk vereiste actueel belang bij huidig beroep.

4. Overeenkomstig vaste rechtspraak van uw Raad, verliest een geweerde kandidaat immers zijn belang bij de nietigverklaring van deze beslissing indien deze kandidaat de hierna genomen beslissing tot toewijzing van de opdracht niet betwist. Immers, het belang van een verzoekende partij bestaat er idealiter in om opnieuw kans te maken op de toewijzing van de opdracht. In zoverre deze kans volledig verloren gaat indien er, zoals in casu, geen beroep wordt ingesteld tegen de gunningsbeslissing, heeft verzoekende partij geen actueel belang bij huidig beroep. Dit blijkt onder andere uit het arrest Amec Spie van de algemene vergadering van uw Raad,waarin in gelijkaardige omstandigheden werd besloten dat het verzoekende partij aan belang ontbrak […].

5. Bij gebreke aan actueel belang dient huidig beroep dan ook verworpen te worden."

Beoordeling

6.1. Uit de stukken van het dossier blijkt dat de kwestieuze opdracht "raamovereenkomst hostessteam" voor perceel 1 - evenementen in het Vlaamse

Gewest, op 21 juni 2010 werd gegund aan All Assistance Agency, Mindmover en Start People.

Deze gunningsbeslissing diende niet aan verzoekende partij, die niet was geselecteerd, te worden betekend.

Ze werd bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 september 2010.

6.2. Zoals de Raad van State reeds heeft gewezen in algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak in zijn arresten van 2 december 2005 nr. 152.172 inzake de sa Boucher e.a. en nr. 152.174 inzake de nv Amec Spie Belgium bestaat het belang van een verzoekende partij om bij de Raad van State een beslissing inzake de toewijzing van een overheidsopdracht te bestrijden, 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 om de nietigverklaring te vorderen van een beslissing waarbij een kandidatuur niet in aanmerking wordt genomen, als de geweerde kandidaat de beslissing waarbij de kwestieuze opdracht aan één of meerdere concurrenten wordt toegewezen niet betwist. Op te merken valt hier dat kwestieuze opdracht niet onderworpen is aan 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’ en artikel 65/14 van de wet van 24 december 1993 dan ook hier niet van toepassing is.

6.3. Verzoekende partij heeft de gunningsbeslissing van 21 juni 2010 niet met een afzonderlijk annulatieberoep bestreden niettegenstaande zij geacht mag worden er kennis van te hebben kunnen nemen middels de publicatie ervan in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 september 2010.

Verzoekende partij wordt niet gevolgd in haar eis geformuleerd in haar laatste memorie om het voorwerp van het voorliggende beroep uit te breiden tot de gunningsbeslissing van 21 juni 2010. In dat verband moet immers alleszins worden vastgesteld dat die eis tot uitbreiding buiten de voorgeschreven beroepstermijn werd ingesteld en namelijk pas op 23 augustus 2012; dit is niet tijdig.

Aldus heeft zij elke kans verloren om de in het geding zijnde opdracht toegewezen te krijgen en eveneens haar belang bij het voorliggende beroep, gericht tegen de beslissing om haar kandidatuur niet in aanmerking te nemen.

6.4. Het beroep is niet ontvankelijk bij gebrek aan belang.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 april 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Frank Bontinck,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Frank Bontinck **Dierk Verbiest**