

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 226.228 van 27 januari 2014
in de zaak A. 211.218/XII-7543**

In zake: de NV ADVIESBUREAU VOOR BODEMONDERZOEK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Hilde De Smet
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
Derbystraat 261, Maaltecenter blok G
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de OPENBARE AFVALSTOFFENMAATSCHAPPIJ
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV TERRA ENGINEERING & CONSULTANCY
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 januari 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 18 december 2013 van de OVAM tot intrekking van de gunningsbeslissing van de OVAM van 12 november 2013, waarbij de overheidsopdracht voor aanneming van diensten “Milieukundige begeleiding van bodemsaneringswerken

– Janssen Pharmaceutica Site Beerse II” (bestek nr. BN120203) werd gegund aan de nv Adviesbureau voor Bodemonderzoek.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 14 januari 2014 heeft de nv Terra Engineering & Consultancy gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 januari 2014, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Hilde De Smet, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Rika Heijse, 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 Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (OVAM) schrijft een overheidsopdracht van diensten uit voor “Milieukundige begeleiding van bodemsaneringswerken – Janssen Pharmaceutica Site Beerse II – Antwerpsesteenweg 17, Beerse. De gunningswijze is de openbare aanbesteding.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 25 april 2013 en het Publicatieblad van de Europese Unie op 30 april 2013.

3.3. Zeven inschrijvers dienen tijdig een offerte in, waaronder de verzoekende partij en de nv Terra Engineering & Consultancy (hierna: de nv TEC).

3.4. In het gunningsverslag van 6 november 2013 worden vijf inschrijvers geselecteerd en als volgt opgelijst:

Inschrijver	Prijs (EUR, incl. btw)
Terra Engineering & Consultancy nv	439.117,47
Envirosoil nv	463.106,93
RSK Benelux bvba	482.233,16
Adviesbureau voor bodemonderzoek (ABO) nv	570.215,69
MAVA Bodemonderzoek nv	608.656,62

Overeenkomstig artikel 110, § 3, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ worden de offertes van de drie laagste inschrijvers onregelmatig verklaard omdat het vermoeden van abnormaliteit betreffende bepaalde eenheidsprijzen volgens de verwerende partij niet wordt weerlegd. De door de verzoekende partij verstrekte prijsverantwoordingen worden wel aanvaard. Voorgesteld wordt om de opdracht aan haar als laagste regelmatige inschrijver te gunnen.

3.5. Op 12 november 2013 beslist de verwerende partij om de opdracht overeenkomstig het gunningsverslag te gunnen aan de verzoekende partij.

Met een aangetekend schrijven van 19 november 2013 wordt deze beslissing, evenals het gunningsverslag, meegedeeld aan de verzoekende partij en aan de overige inschrijvers.

3.6. Met een ter post aangetekend enig verzoekschrift van 4 december 2013 vordert de nv TEC de schorsing bij uiterst dringende

noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging en de nietigverklaring van de gunningsbeslissing van 12 november 2013 (zaak gekend onder het rolnummer A. 210.946/XII-7518).

3.7. Vervolgens beslist de verwerende partij op 18 december 2013 om de gunningsbeslissing van 12 november 2013 in te trekken op grond van de volgende motieven:

“Gelet op de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en meer bepaald artikel 18;
[...]

Gelet op het verzoekschrift houdende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en houdende beroep tot nietigverklaring zoals ingediend door de nv Terra Engineering & Consultancy dd. 4 december 2013, welke procedure bij de Raad van State gekend is onder nr. G/A.210946/XII/7518;

Gelet op het feit dat de in het verzoekschrift geuite kritiek omtrent de motiveringsplicht gebeurlijk als ernstig zou kunnen worden weerhouden en het derhalve gepast voorkomt tot intrekking van de gunningsbeslissing over te gaan;

Gelet op het feit dat de gunningsbeslissing van 12 november 2013 overeenkomstig artikel 65/8 § 2 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten geen rechten heeft doen ontstaan overeenkomstig artikel 117 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.”

Dit is de thans bestreden beslissing.

3.8. Met een aangetekend schrijven van 20 december 2013 wordt de intrekkingbeslissing meegedeeld aan de nv ABO.

3.9. Bij arrest nr. 225.916 van 19 december 2013 wordt de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing ingesteld door de nv TEC verworpen omdat, ingevolge de intrekking, de vordering zonder voorwerp is.

IV. Tussenkoms

4.1. De nv TEC voert aan dat de eventuele schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing haar een manifest nadeel zou toebrengen.

4.2. De nv TEC lijkt er belang bij te hebben dat de vordering gericht tegen de beslissing tot intrekking van de gunning van de opdracht aan één van haar concurrenten wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5.1. De verwerende partij en de tussenkomsende partij betwisten de ontvankelijkheid van de vordering en werpen daartoe excepties van gebrek aan belang op.

5.2. Er bestaat vooralsnog geen noodzaak om over de excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. Te dezen is evenwel 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' nog van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

7. De verzoekende partij voert de schending aan van het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij betoogt dat de intrekking van een gunningsbeslissing een uitzonderingshandeling is en dat zij erop mocht vertrouwen dat de verwerende partij haar beslissing van 12 november 2013 gestand zou doen. Deze gunningsbeslissing is volgens de verzoekende partij immers rechtsverlenend aan derden en niet onwettig. Dergelijke regelmatig genomen beslissing mag niet worden ingetrokken.

De gunningsbeslissing van 12 november 2013 kan volgens de verzoekende partij ook niet worden beschouwd als een onbestaande

rechtshandeling, noch kan worden aangenomen dat ze door bedrog zou zijn uitgelokt.

Een regelmatig genomen administratieve rechtshandeling die rechten toekent kan volgens haar op geldige wijze worden ingetrokken indien en voor zover een uitdrukkelijke wetsbepaling die intrekking toelaat. Te dezen ligt volgens de verzoekende partij echter geen wetsbepaling voor die deze intrekking toelaat.

Krachtens het wettigheidsbeginsel moet de intrekking steunen op feitelijke en juridische gegevens die aantonen dat de ingetrokken beslissing onwettig was. De verzoekende partij wijst erop dat zij echter vruchteloos zoekt naar deze feitelijke en juridische gegevens in de bestreden beslissing. In de bestreden beslissing wordt geen onregelmatigheid van de ingetrokken beslissing toegelicht, doch enkel geponeerd dat er een mogelijkheid zou kunnen zijn dat de kritiek geuit door de nv TEC terecht zou kunnen zijn.

Beoordeling

8.1. De verzoekende partij betwist in dit middel in essentie de rechtsgeldigheid van de intrekking.

Los van het antwoord op de vraag of de verwerende partij hier al dan niet terecht gebruikt heeft kunnen maken van artikel 18 van de voormelde wet van 24 december 1993, kan, volgens de klassieke intrekkingsleer die door de Raad van State wordt toegepast, een administratieve rechtshandeling die geen rechten heeft doen ontstaan, steeds, en ongeacht het regelmatig of onregelmatig karakter ervan, worden ingetrokken, wanneer de overheid oordeelt dat het algemeen belang zulks vereist. Een regelmatige administratieve rechtshandeling die rechten heeft verleend, kan niet worden ingetrokken. Er anders over beslissen zou strijdig zijn met de rechtszekerheid.

8.2. Wat de gunning van overheidsopdrachten betreft lijkt er, zoals de Raad reeds overwoog in het arrest Aralco, nr. 83.788 van 2 december 1999, slechts sprake te zijn van een administratieve rechtshandeling die rechten toekent, nadat de

overeenkomst tussen de aanbestedende overheid en de gekozen inschrijver is gesloten.

Terecht lijkt de verwerende partij in dit verband erop te wijzen dat de brief van 19 november 2013 slechts een kennisgeving betreft overeenkomstig het te dezen toepasselijke artikel 65/8, §§ 1 en 2, van de voormelde wet van 24 december 1993, die geen enkele contractuele verbintenis doet ontstaan ten aanzien van de gekozen inschrijver. De verwerende partij heeft in haar kennisgeving aan de verzoekende partij van 19 november 2013 overigens uitdrukkelijk gewezen op het feit dat de offerte van de verzoekende partij voorlopig werd gekozen voor de gunning van de opdracht doch dat de brief zelf geen contractuele verbintenis doet ontstaan.

Artikel 65/11 van de voormelde wet van 24 december 1993 bepaalt ook dat de sluiting van de opdracht die volgt op de gunningsbeslissing, in geen geval mag plaatsvinden vóór het verstrijken van een termijn van vijftien dagen die ingaat de dag nadat de gemotiveerde beslissing aan de betrokken kandidaten en inschrijvers overeenkomstig artikel 65/8, § 1, derde lid, is verzonden en dat de opdracht mag worden gesloten na afloop van voormelde termijn, wanneer binnen de bedoelde termijn geen enkele vordering tot schorsing wordt ingediend.

Uit voormelde bepalingen lijkt evenmin te kunnen worden afgeleid dat de overeenkomst na afloop van voormelde termijn van rechtswege tot stand zou komen. Integendeel bepaalt artikel 117, eerste lid, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, uitdrukkelijk dat de sluiting van de opdracht gebeurt door de betekening van de goedkeuring van de offerte aan de begunstigde. Er wordt niet aangetoond dat dergelijke betekening te dezen zou hebben plaatsgevonden.

8.3. De verzoekende partij toont op het eerste gezicht dan ook niet aan om welke reden de gunningsbeslissing, die haar nog geen rechten verschaft, niet zou mogen worden ingetrokken, gesteld dat de intrekingsbeslissing aan de motiveringsverplichtingen voldoet, wat in het tweede middel ter sprake komt.

In zoverre is dan ook niet aangetoond dat het vertrouwensbeginsel dan wel het rechtszekerheidsbeginsel zouden zijn miskend.

In de mate dat de verzoekende partij in de uiteenzetting van het eerste middel tevens verwijst naar de motiveringsverplichtingen, lijkt deze grief samen te vallen met het tweede middel en zal deze dan ook daar worden beoordeeld.

8.4. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

9. De verzoekende partij voert de schending aan van de motiveringsplicht vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en als algemeen rechtsbeginsel.

De aangevochten beslissing bevat volgens de verzoekende partij geen correcte motivering die beantwoordt aan de bovenvermelde bepalingen. Ze bevat immers niet de exacte juridische en feitelijke overwegingen die aan de beslissing ten grondslag zouden moeten liggen en vermeldt niet waarom er rekening zou moeten worden gehouden met de kritiek die geuit wordt door de nv TEC in haar verzoekschrift van 4 december 2013. De motivering stelt de verzoekende partij geenszins in staat om de beweegredenen te vinden die het bestuur tot zijn beslissing heeft gebracht.

Volgens de verzoekende partij maakt de nv TEC er “een traditie” van om beroep aan te tekenen tegen gunningsbeslissingen aan haar concurrenten. Het feit dat zij kritiek uit op de gunningsbeslissing van 12 november 2013 doet dan ook niet *a priori* het vermoeden rijzen dat een ernstige overweging aan de grondslag ligt van dit beroep tot nietigverklaring en verzoek tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

De verwerende partij motiveert niet waarom deze kritiek als ernstig zou moeten worden beschouwd en evalueert geenszins de slaagkansen in de procedure ingeleid door de nv TEC. Overigens worden de argumenten van de verzoekende partij zoals uiteengezet in haar verzoek tot tussenkomst in de procedure gekend onder A. 210.946/XII-7518 niet ontmoet.

Beoordeling

10.1. Wat de formelemotiveringsverplichting betreft moet de bestreden beslissing teneinde daaraan te voldoen, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de verzoekende partij in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Voorts lijkt de verzoekende partij, ook met het eerste middel, op te merken dat de intrekkingbeslissing op in rechte in en feite aanvaardbare motieven moet steunen.

10.2. De bestreden intrekkingbeslissing werd door de verwerende partij gemotiveerd zoals in dit arrest reeds aangehaald *sub* 3.7.

In de mate dat de verzoekende partij beweert dat de verwerende partij nalaat te motiveren waarom de gunningsbeslissing onwettig was, gaat zij voorbij aan de mogelijkheid tot intrekking om wettige redenen zolang in het kader van de eerste toewijzingsbeslissing niet aan de verzoekende partij de goedkeuring van haar offerte werd betekend. Zoals reeds opgemerkt bij de beoordeling van het eerste middel kan een administratieve rechtshandeling die geen rechten heeft doen ontstaan, steeds, en ongeacht het regelmatig of onregelmatig karakter ervan, worden ingetrokken, wanneer de overheid oordeelt dat het algemeen belang zulks vereist.

10.3. Op het eerste gezicht valt voorts niet in te zien waarom de vaststelling dat de gunningsbeslissing nog geen rechten heeft doen ontstaan, samen met de vaststelling dat een vordering tot schorsing bij uiterst dringende

noodzakelijkheid en nietigverklaring werden ingediend bij de Raad van State tegen de gunningsbeslissing en “dat de in het verzoekschrift geuite kritiek omtrent de motiveringsplicht gebeurlijk als ernstig zou kunnen worden weerhouden” niet het vereiste wettig motief kan vormen om tot intrekking van de gunningsbeslissing over te gaan. Dergelijke motivering geeft op het eerste gezicht voldoende duidelijk de gedachtegang weer die de verwerende partij gevolgd heeft en lijkt afdoende te verantwoorden waarom in de gegeven omstandigheden tot intrekking en heroverweging wordt overgegaan.

Bovendien dient op het eerste gezicht ook te worden vastgesteld dat de verzoekende partij op de hoogte was van de inhoud van het verzoekschrift waarnaar de verwerende partij in de motivering verwijst ingevolge haar tussenkomst in de eerdere procedure voor de Raad.

10.4. Ook het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting

11. De verzoekende partij voert de schending aan van het gelijkheidsbeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

De verzoekende partij doet gelden dat de vernietiging van de bestuurshandeling door een vernietigingsarrest dezelfde rechtsgevolgen resorteert als de intrekking van een besluit door de betrokken overheid. De ingetrokken beslissing wordt geacht nooit te hebben bestaan zoals een vernietigingsarrest tot gevolg heeft dat de vernietigde beslissing geacht wordt nooit te hebben bestaan.

Het intrekkingbesluit van 18 december 2013 werd genomen zonder de waarborg van het recht van verdediging die de verzoekende partij kan invoeren in het kader van de vernietigingsprocedure.

De verwerende partij heeft haar intrekkingbesluit genomen zonder afweging van het gelijkheidsbeginsel en dus met miskennis van de

verweermiddelen die de verzoekende partij zou hebben genoten in de procedure die gekend onder het nummer A. 210.946/XII-7518.

Beoordeling

12.1. Het gelijkheidsbeginsel dat vervat is in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet verzet er zich tegen dat personen die zich in dezelfde toestand bevinden ongelijk behandeld worden, tenzij er voor het verschil in behandeling een objectieve en redelijke verantwoording bestaat.

12.2. De verzoekende partij voert aan dat een vernietigingsarrest en een intrekkingbesluit hetzelfde rechtseffect hebben en er sprake is van een schending van het gelijkheidsbeginsel omdat de verwerende partij haar intrekkingbesluit heeft genomen met miskennis van de verweermiddelen die de verzoekende partij zou hebben genoten in de geschillenprocedure voor de Raad van State.

De Raad overwoog in het arrest Ghijssens, nr. 170.355 van 23 april 2007, als volgt:

“3.4.3.2. Overwegende, zo een intrekkingbesluit inderdaad hetzelfde gevolg heeft als een vernietigingsarrest, te weten dat de ingetrokken beslissing geacht wordt nooit bestaan te hebben, zulks evenwel niet betekent dat de procedurewaarborgen die gelden in het rechtsgeding en die verbonden zijn met de waarborgen die voor het nemen van jurisdictionele beslissingen bestaan, automatisch toegepast moeten worden in een administratief besluitvormingsproces; dat, bij ontstentenis van een wettelijke regeling terzake, er geen sprake kan zijn van een analoge toepassing van de procedureregeling inzake geschillen voor de Raad van State; dat, aangezien de situatie van een persoon die het voorwerp uitmaakt van een administratief besluitvormingsproces niet vergelijkbaar is met de situatie van een partij in een rechtsgeding, verzoekers de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet nuttig bij het middel kunnen betrekken;”

Er valt op het eerste gezicht niet in te zien waarom dit middel in de voorliggende zaak anders zou moeten worden beoordeeld.

12.3. Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

13. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Terra Engineering & Consultancy 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 27 januari 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Pierre Barra