

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

A R R E S T

nr. 230.792 van 3 april 2015

A. 209.671/V-1904

In zake:

**de vennootschap naar Nederlands recht
ACROSTICHON VENTURES B.V.,**

woonplaats kiezend bij
advocaat Mehdi MELLAH
Louizalaan 137/12
1050 Brussel,

tegen:

1. het Vlaams Gewest,

vertegenwoordigd door zijn regering,
woonplaats kiezend bij
advocaten Alain FRANÇOIS en
Bart MARTEL
Louizalaan 99
1050 Brussel,

2. het Waals Gewest,

vertegenwoordigd door zijn regering,

3. het Brussels Hoofdstedelijk Gewest,

vertegenwoordigd door zijn regering,

**4. de société wallonne de financement
complémentaire des infrastructures,
afgekort als SOFICO,**

woonplaats kiezend bij
advocaten Eric GILLET, Christophe DUBOIS en
Patrick THIEL
Terhulpsessesteeuweg 178
1170 Brussel.

Tussenkommende partijen:

**1. - de publiekrechtelijke naamloze
vennootschap BPOST**

- de vennootschap naar Italiaans recht
AUTOSTRADÉ PER L'ITALIA SPA

- de naamloze vennootschap **THALES BELGIUM**

die samen het consortium **TRAXIA** vormen

woonplaats kiezend bij
advocaat Bob MARTENS
Louizalaan 106
1050 Brussel,

2. - **de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES OF BELGIUM**, afgekort als **IBM BELGIUM**
- **de naamloze vennootschap naar Frans recht EGIS PROJECTS**
- **de naamloze vennootschap naar Portugees recht BRISA AUTO ESTRADAS DE PORTUGAL**, afgekort als **BRISA**

die samen het consortium **BELGOVERDE** vormen
woonplaats kiezend bij
advocaat Vincent OST en
Maxime VANDERSTRAETEN
Terhulpsessesteeuweg 120
1000 Brussel.

DE RAAD VAN STATE, Ve KAMER,

I. Voorwerp van het beroep

1. Bij een verzoekschrift dat op 17 september 2013 is ingediend, vordert de verzoekende partij de nietigverklaring van "de beslissing van 18 juli 2013 van de Waalse Gewestregering, de beslissing van 18 juli 2013 van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, de beslissing van 18 juli 2013 van de raad van bestuur van Sofico en de beslissing van 19 juli 2013 van de Vlaamse Regering, waarbij een selectieverslag van 16 juli 2013, opgesteld door de heren [C.C., B.F. en H.V.B.] wordt goedgekeurd en waarbij wordt besloten, enerzijds, om de consortia «Xerox-Meridiam Infrastructure – CFE – Vinci Concessions», «T-Systems – Belgacom – Strabag», «ViAppia», «Traxia» en «BelGoVerde» te selecteren voor de deelname aan de gunningsprocedure voor de overheidsopdracht betreffende een kilometerheffing voor zware vrachtvoertuigen en anderzijds, om de verzoekende partij niet voor die procedure te selecteren".

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 224.724 van 19 september 2013 zijn de verzoekschriften tot tussenkomst ingewilligd en is inzake de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid de afstand van het geding vastgesteld wat de verzoekende partij betreft.

Het arrest is op 30 september 2013 ter kennis van de verzoekende partij gebracht.

De memories van antwoord en van wederantwoord zijn regelmatig uitgewisseld.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Eric THIBAUT heeft een verslag opgesteld op grond van artikel 12 van de algemene procedureregeling.

Het verslag is ter kennis gebracht van de partijen.

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

3. De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die op 24 maart 2015 heeft plaatsgevonden.

Staatsraad Serge BODART heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Kris WAGNER, loco advocaat Mehdi MELLAH, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Laura JANSSENS, loco advocaten Alain FRANÇOIS, Bart MARTEL, Eric GILLET, Christophe DUBOIS, en Patrick THIEL, die verschijnt voor de verwerende partijen, advocaat Nina MAMPAEY, loco advocaat Bob MARTENS, die verschijnt voor de eerste tussenkomende partij en advocaat Emmanuel JACUBOWITZ, loco advocaten Vincent OST en Maxime VANDERSTRAETEN, die verschijnt voor de tweede tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Eric THIBAUT heeft een met dit arrest eensluidend advies uitgebracht.

Er wordt toepassing gemaakt van de bepalingen betreffende 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

De volgende feiten zijn dienstig voor het onderzoek van het beroep:

4. Het departement Financiën en Begroting van de Vlaamse overheid maakt in het Bulletin der aanbestedingen van 23 mei 2013 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 28 mei 2013 de aankondiging bekend van een opdracht betreffende de kilometerheffing voor zware vrachtvoertuigen.

In de aankondiging wordt vermeld dat de aanbestedende overheid namens andere aanbestedende diensten optreedt.

De opdracht wordt in de aankondiging omschreven als een opdracht voor diensten die werken en leveringen omvat; voor het overige wordt verwezen naar het selectiedossier dat gelijktijdig op de website www.viapass.be wordt bekendgemaakt.

Krachtens artikel 17, § 3, 2° en 4°, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna de wet van 24 december 1993 genoemd) is de procedure voor de gunning van de opdracht een onderhandelingsprocedure met bekendmaking en is het aantal deelnemers dat aan de gunningsfase kan deelnemen, beperkt tot vijf ondernemingen.

Op de voorpagina van de selectieleidraad staat "Vlaamse Overheid in samenvoeging met: - Waals Gewest - Brussels Hoofdstedelijk Gewest - Sofico" en in de inleiding ervan wordt inzonderheid het volgende gesteld:

" De drie Gewesten hebben besloten tot invoering van een systeem van kilometerheffing voor vrachtwagens en mogelijk een tijdsgebonden wegeenvignet voor personenauto's. Het is daarbij de bedoeling om een «ecologisch gemoduleerde slimme» kilometerheffing in te voeren, die gedifferentieerd kan worden naar plaats, tijd, rijgedrag en milieukeurmerken van het voertuig.

[...]

Onderhavige opdracht (hierna de «Opdracht») betreft met andere woorden de aanstelling van een enige dienstverlener (hierna ook «Single Service Provider» of «SSP»), die op grond van een DBFMO-overeenkomst [Design, Build, Finance, Maintain and Operate] de dienstverlening (en hiermee gepaard gaande werken en leveringen) inzake kilometerheffing zal uitvoeren, met inbegrip van het innen en doorstorten aan de tolheffende instanties van de verschuldigde «kilometer-gelden» alsmede het afdragen van die gelden aan de Gewesten" (selectieleidraad, Inleiding, p. 4).

De selectieleidraad bevat tevens de volgende informatie:

- " De geselecteerde kandidaten zullen worden uitgenodigd om een offerte in te dienen. Zij zullen hiertoe een bestek ontvangen met onder meer een meer gedetailleerde omschrijving van de Opdracht, de betreffende gunningscriteria en het verdere verloop van de Onderhandelingsprocedure" (selectieleidraad, 2.4.).
- " Het Vlaamse Gewest treedt op als Aanbestedende Overheid, mede handelend als penhouder namens het Waalse Gewest, het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en SOFICO.
Het Vlaamse Gewest treedt eveneens als opdrachtcentrale op voor de NV van publiek recht Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (BAM) en de N.V. Tunnel Liefkenshoek (TLH).

In het kader van de wegbeprijzing zal een interregionale entiteit (hierna «IRE») tussen de drie Gewesten worden opgericht, die de taak van Aanbestedende

Overheid (en van penhouder/opdrachtcentrale) vanaf zijn inwerkingtreding van het Vlaamse Gewest zal overnemen" (selectieleidraad, 3.1.).

De kandidaten konden desgewenst tot 10 juni 2013 hun schriftelijke vragen aan de aanbestedende overheid stellen; via de voornoemde website heeft de aanbestedende overheid de antwoorden op deze vragen bekendgemaakt op 17 juni 2013, met een update op 19 juni 2013.

In de documenten van de opdracht is bepaald dat de dossiers houdende aanvraag tot deelneming op 1 juli 2013 moesten worden ingediend.

Op die datum hebben de volgende combinaties een dossier houdende aanvraag tot deelneming ingediend:

- Acrostichon Ventures B.V.,
- de combinatie "BelGoVerde",
- Kapsch TrafficCom AG,
- de combinatie "Traxia",
- de combinatie "T-Systems - Belgacom - Strabag",
- de combinatie "ViApia",
- en de combinatie "Xerox – Meridiam Infrastructure – CFE – Vinci Concessions".

De aanbestedende overheid heeft de zeven kandidaten verzocht om aanvullende verduidelijkingen omtrent de inhoud van hun aanvraag tot deelneming; elke kandidaat heeft de gevraagde verduidelijkingen en aanvullende gegevens bezorgd.

Het verslag waarin de kandidaturen geanalyseerd worden, is opgesteld door het consortium Fairway, dat de verwerende partijen bijstaat in de realisatie van het project kilometerheffing.

Daar alle kandidaten aan de minimumeisen voldoen, zijn de kandidaturen overeenkomstig artikel 1.3 A van de selectieleidraad gerangschikt teneinde het aantal kandidaten dat aan de latere gunningsprocedure kan deelnemen, tot vijf te beperken.

De verzoekende partij is als zesde gerangschikt en komt dus niet in aanmerking om aan de latere fase van de gunning van de opdracht deel te nemen.

Het verslag van de selectiecommissie van 16 juli 2013 luidt als volgt:

- " De commissie stelt unaniem voor:
Worden uitgenodigd tot het biedingsproces:
de combinatie «Xerox – Meridiam Infrastructure – CFE – Vinci Concessions»

de combinatie «T-Systems – Belgacom – Strabag»
de combinatie «ViApia»
de combinatie «Traxia»
de combinatie «Belgoverde»
De niet weerhouden kandidaten zijn:
Acrostichon Ventures B.V.
Kapsch TrafficCom AG".

Op 18 juli 2013 "hecht de [Waalse] Regering haar goedkeuring aan de nota die haar is voorgelegd betreffende de selectie van de kandidaten [...]". Op dezelfde dag hecht ook de Brusselse Hoofdstedelijke Regering haar goedkeuring aan het selectieverslag. De raad van bestuur van SOFICO betuigt op dezelfde dag zijn instemming met de selectie van de kandidaten "zoals die volgt uit het verslag van 16 juli 2013 van de selectiecommissie [...]".

Op 19 juli 2013 beslist de Vlaamse Regering "[...] haar goedkeuring te hechten aan de selectiebeslissing in het kader van de implementatie van een kilometerheffingsysteem [...]".

IV. Aanduiden van de verwerende partij

IV.1. Standpunten van de partijen

De verwerende partijen vragen dat het Waals Gewest, het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en SOFICO buiten de zaak worden gesteld, aangezien het Vlaams Gewest de enige aanbestedende overheid zou zijn, zoals blijkt uit de stukken van de overheidsopdracht alsook uit de overeenkomst betreffende de realisatie van een gezamenlijke opdracht. Ze zetten uiteen dat alleen het Vlaams Gewest belast was met de gunning van de opdracht en op regelmatige wijze een beslissing kon nemen met betrekking tot de inhoud ervan. Ze stellen voorts dat zulks de andere twee gewesten en SOFICO niet belette een advies uit te brengen of een besluit goed te keuren of aan te nemen met betrekking tot het selectieverslag. De verwerende partijen voeren aan dat er in de rechtsleer en de rechtspraak van wordt uitgegaan dat de steller van de beslissing waartegen beroep kan worden ingesteld de aanbestedende overheid is die door de anderen is belast met de gunningsprocedure en wijzen erop dat de Raad van State in arrest nr. 224.992 van 3 oktober 2013, gewezen naar aanleiding van een beroep dat tegen dezelfde bestreden handeling was ingesteld door een andere niet-geselecteerde kandidaat, de overige verwerende partijen met uitzondering van het Vlaams Gewest buiten de zaak heeft gesteld.

De verzoekende partij antwoordt niet op het verzoek tot buitendezaakstelling.

IV.2. Beslissing van de Raad van State

Artikel 19 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten luidt als volgt.

- " De gezamenlijke uitvoering van werken, leveringen of diensten voor rekening van verschillende aanbestedende overheden kan, in het algemeen belang, worden samengevoegd in één enkele opdracht, die bij aanbesteding, door offerteaanvraag of bij onderhandelingsprocedure wordt gegund, onder de voorwaarden bepaald in de wet.
De betrokken personen duiden de overheid aan die, of het orgaan dat, in hun gezamenlijke naam, bij de gunning en de uitvoering van de opdracht zal optreden".

In casu hebben de drie gewesten en SOFICO op een onbekende datum, maar vóór de publicatie van de aankondiging van de opdracht, een overeenkomst gesloten die inzonderheid gebaseerd is op die bepaling. Het opschrift van de overeenkomst luidt "Overeenkomst betreffende de realisatie van een gezamenlijke opdracht". Ze bevat een artikel 4 waarvan de eerste twee leden als volgt luiden:

- " De Partijen komen overeen om het Vlaamse Gewest aan te duiden, die handelt in hun gezamenlijke naam bij de plaatsing en gunning van de Opdracht.
Deze Partij wordt hierna aangeduid als «de Penhouder», handelend als aanbestedende overheid.
(...)".

Het Vlaams Gewest blijkt dus als aanbestedende overheid te zijn aangewezen in de overeenkomst tussen de gewesten en SOFICO.

Dat wordt bevestigd in de overige artikelen van de overeenkomst.

Zo bijvoorbeeld bepaalt artikel 5 van de overeenkomst:

- " Onder voorbehoud van hetgeen is vermeld in het onmiddellijk hierna volgend artikel, is de Penhouder [lees: het Vlaams Gewest] bevoegd om volgende taken te behartigen:
- De algemene coördinatie, zowel op technisch als administratief vlak, met het oog op de gunning van de Opdracht;
 - De stappen binnen de gunningsprocedure van de Opdracht, met inachtneming van de wetten en besluiten inzake overheidsopdrachten en onderhavige overeenkomst".

Evenzo staat in artikel 6 van dezelfde overeenkomst het volgende te lezen:

- " De Partijen komen overeen dat, onverminderd de geldende goedkeuringsprocedures bij elk van de Partijen, de volgende beslissingen zullen worden overlegd en gevalideerd binnen de Comités, voorzien in hoofdstuk 6 van onderhavige Overeenkomst vooraleer ze formeel kunnen worden genomen en ter kennis gebracht door de Penhouder:
- Elke beslissing met betrekking tot de uitsluiting of (niet-)selectie van een kandidaat;

- Elke beslissing die betrekking heeft op de (on)regelmaticheid van een offerte;
- Elke beslissing tijdens de onderhandelingsfase die één of meerdere inschrijvers definitief uitsluit;
- De gunningbeslissing betreffende de Opdracht".

Artikel 12 van de overeenkomst bepaalt bovendien dat:

- " De Penhouder [lees: het Vlaams Gewest] (...) verantwoordelijk (is) voor het goede verloop van de gunningsprocedure.

Hij zal de beslissingen bedoeld in artikel 6 van de Overeenkomst (...) slechts ter kennis brengen, nadat, alle leden van de gewestelijke afgevaardigden van het I.A.C.P. hierover zijn ingelicht en hiermee hebben ingestemd na voorafgaandelijke validatie door het I.P.C.P. Hiertoe bezorgt de Penhouder voorafgaandelijk alle noodzakelijke documenten aan de Partijen (waaronder het ontwerp van selectiebeslissing, ontwerp van gunningsverslag, ontwerp van gunningsbeslissing...).

Indien er binnen de vijftien werkdagen geen gemotiveerde weigering wordt ter kennis gebracht, heeft de Penhouder het recht om de betreffende beslissing ter kennis te brengen".

Artikel 15, eerste lid, ten slotte, bepaalt dat:

- " De Penhouder (...) exclusief bevoegd (is) voor de gehele formele communicatie met de kandidaten/inschrijvers met betrekking tot de gunningsprocedure betreffende de Opdracht".

Ook de documenten van de opdracht laten geen twijfel bestaan over de vraag wie de aanbestedende overheid is. Zo wordt in het aankondigingsbericht, waarvan de inhoud overgenomen is uit bijlage 1 bij de overeenkomst betreffende een gezamenlijke opdracht, als aanbestedende overheid het Departement Financiën en Begroting vermeld, dat is gevestigd in de gebouwen van het Vlaams Gewest. In het selectiedossier staat dat het Vlaams Gewest optreedt als aanbestedende overheid, mede handelend als penhouder namens het Waals Gewest en SOFICO. De aanvragen om deelname moeten overigens verstuurd worden naar het Vlaams Gewest, dat wil zeggen naar het adres opgegeven in de aankondiging van de opdracht.

De kennisgeving van 19 juli 2013 ten slotte bevat de beslissing van de aanbestedende overheid, in casu de Vlaamse Regering, om de verzoekende partij niet te selecteren, en er wordt in verwezen naar de instemming met het selectievoorstel vanwege de betrokken regeringen en de raad van bestuur van SOFICO.

De enige aanbestedende overheid in deze zaak is bijgevolg het Vlaams Gewest en de enige handeling waartegen beroep kan worden ingesteld is de beslissing die dat Gewest heeft genomen in zijn hoedanigheid van aanbestedende overheid, waarbij het ook is opgetreden voor de andere gewesten en SOFICO, om

vijf combinaties te selecteren en twee kandidaten, waaronder de verzoekende partij, niet te selecteren.

Toen het Waals Gewest, het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en SOFICO het selectieverslag hebben goedgekeurd, hebben ze bijgevolg geen handeling gesteld waartegen beroep kan worden ingesteld in de zin van artikel 65/14 van de voornoemde wet van 24 december 1993, maar wel degelijk louter handelingen ter voorbereiding van de beslissing van de Vlaamse Regering, die de enige aanbestedende overheid is overeenkomstig artikel 19 van dezelfde wet.

Het beroep dient dan ook aldus te worden geïnterpreteerd dat het betrekking heeft op de beslissing van de aanbestedende overheid, in casu het Vlaams Gewest, om vijf combinaties van ondernemingen te selecteren en de verzoekende partij niet te selecteren.

Het Waals Gewest, het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en SOFICO dienen buiten de zaak te worden gesteld en de zaak dient te worden verwezen naar de algemene rol, aangezien de behandeling ervan niet valt onder de voorwaarden zoals bedoeld in artikel 62 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

B E S L U I T:

Artikel 1.

Het Waals Gewest, het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en de naamloze vennootschap SOFICO worden buiten de zaak gesteld.

Artikel 2.

De zaak wordt verwezen naar de algemene rol.

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van de
Ve kamer, op drie april tweeduizend vijftien door:

Roger STEVENS,	voorzitter van de Raad van State,
Luc CAMBIER,	staatsraad,
Serge BODART,	staatsraad,
bijgestaan door	
Gregory DELANNAY,	griffier.

De Griffier

De Voorzitter van de Raad van State

Gregory DELANNAY

Roger STEVENS