

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 233.381 van 5 januari 2016
in de zaak A. 209.671/XII-7872**

In zake: de BV ACROSTICHON VENTURES
vennootschap naar Nederlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Mehdi Mellah
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 137 bus 12
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV VIAPASS, voorheen het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Alain François en Barteld Schutyser
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

- I. 1. BPOST, nv van publiek recht,
2. de SPA AUTOSTRADE PER L'ITALIA, vennootschap naar Italiaans recht
3. de NV THALES BELGIUM
samen vormend het consortium TRAXIA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bob Martens
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen
- II. 1. de BVBA INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES OF BELGIUM
2. EGUS PROJECTS, naamloze vennootschap naar Frans recht
3. BRISA AUTO ESTRADAS DE PORTUGAL, naamloze vennootschap naar Portugees recht

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 17 september 2013, strekt tot 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, [...] wordt goedgekeurd en waarbij wordt besloten, enerzijds, om de consortia ‘Xerox-Meridiam Infrastructure – CFE – Vinci Concessions’, ‘T-Systems – Belgacom – Strabag’ [hierna: Sky-ways], ‘ViAppia’, ‘Traxia’ en ‘BelGoVerde’ te selecteren voor de deelname aan de gunningsprocedure voor de overheidsopdracht betreffende een kilometerheffing voor zware vrachtoertuigen en anderzijds, om [de bv Acrostichon Ventures] 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.

Bij arrest nr. 230.792 van 3 april 2015 zijn het Waalse Gewest, het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest en de nv Sofico buiten de zaak gesteld.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 24 november 2015.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Mehdi Mellah, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Hans Plancke, die *loco* advocaten Alain François en Barteld Schutyser verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Linus Hoet, die *loco* advocaat Bob Martens verschijnt voor de eerste drie tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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. In het tussenarrest 230.792 van 3 april 2015 worden de feiten als volgt samengevat:

“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 wegenvignet 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 [...]’.”

3.2. Op 18 juli 2014 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de combinatie Sky-ways. Deze beslissing wordt bekendgemaakt in het supplement van het Publicatieblad van de Europese Unie van 16 augustus 2014.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep – exceptie van gebrek aan belang

Standpunt van het auditorsverslag

4. In het auditorsverslag wordt ambtshalve aangevoerd dat de verzoekende partij niet langer beschikt over het rechtens vereiste belang bij haar beroep om de volgende reden.

Op 18 juli 2014 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan het consortium Sky-ways; dit werd bekendgemaakt op de website van de verwerende partij. De verzoekende partij heeft deze gunningsbeslissing niet aangevochten. Onder verwijzing naar het arrest Amec Spie van 2 december 2005 waarbij de Algemene Vergadering van de Raad van State heeft beslist dat het belang om een beslissing aan te vechten waarbij een kandidatuur niet in aanmerking wordt genomen, verdwijnt als de gegadigde die niet is uitgekozen, de beslissing waarbij de opdracht aan een concurrent wordt gegund, niet betwist, besluit de auditeur-verslaggever dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar beroep en dat het beroep bijgevolg moet worden verworpen.

Standpunt van de verzoekende partij

5. In haar laatste memorie betwist de verzoekende partij de conclusie van het auditorsverslag.

Op de eerste plaats betoogt de verzoekende partij dat tegen de gunningsbeslissing geen beroep tot nietigverklaring moet worden ingesteld opdat haar beroep tot nietigverklaring van de selectiebeslissing ontvankelijk zou blijven. Zij stelt dat er geen verplichting was in hoofde van de verwerende partij om haar in kennis te stellen van de gunningsbeslissing en dat er ook geen feitelijke kennisgeving aan haar is gebeurd, waaruit zij afleidt dat “zij er logischerwijze niet toe kan zijn gehouden een beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen de haar onbekende gunningsbeslissing”. Zij besluit dat “[a]rtikel 8, §1, 1° van de [wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’] enkel [voorziet] in de verplichting voor Verwerende partij om aan Verzoekende partij, als zijnde een niet-geselecteerde inschrijver, kennis te geven van de motieven voor de niet-selectie, zodat van Verzoekende partij enkel kan worden vereist deze selectiebeslissing aan te vechten”.

Op de tweede plaats wijst de verzoekende partij op de feitelijke onmogelijkheid om de gunningsbeslissing aan te vechten “omdat deze uiteindelijke gunningsbeslissing, die volgt op de bestreden selectiebeslissing, haar nooit ter kennis werd gebracht”. “Tot op heden heeft Verzoekende partij, in weerwil van artikel 8, §1, tweede lid van de Wet Rechtsbescherming, geen kennisgeving van de gunningsbeslissing van Verwerende partij mogen ontvangen.” “Er kan van Verzoekende partij niet worden verwacht dat zij in het wilde weg een beroep tot vernietiging instelt tegen gunningsbeslissingen die mogelijks kunnen volgen op [de] door haar bestreden selectiebeslissing.” Hierbij merkt zij nog op dat de verwerende partij niet aantoont dat de gunningsbeslissing is bekendgemaakt in onder meer het Publicatieblad van de Europese Unie. Voorts, zo stelt de

verzoekende partij, “legt [de verwerende partij] evenmin enig bewijs voor waaruit zou kunnen blijken dat zij Verzoekende partij kennis heeft gegeven van de gemotiveerde gunningsbeslissing volgens de dubbele formaliteitsverplichting, zijnde per enig elektronisch middel en per aangetekende brief zoals voorzien door artikel 8, §1, tweede lid van de Wet Rechtsbescherming”. Ook wijst de verzoekende partij erop dat zij als Nederlandse onderneming niet moet worden geacht de Belgische pers of de website van de verwerende partij op de voet te volgen.

De beroepstermijn voor de aanvechting van de gunningsbeslissing met een annulatieberoep begint vanaf de voormelde dubbele kennisgeving, wat hier dus niet is gebeurd. “Derhalve verkeert Verzoekende partij nog steeds in de mogelijkheid om een tijdig beroep tot vernietiging in te stellen tegen deze gunningsbeslissing overeenkomstig artikel 23, §2 van de Wet Rechtsbescherming.”

Ten derde stelt de verzoekende partij dat zij nog steeds belang heeft bij de nietigverklaring van de selectiebeslissing gelet op het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 26 maart 2010, zaak T-577/08, Proges/Commissie. “Het [Gerecht] oordeelde [...] dat een verzoeker wel degelijk belang had om een gunningsbeslissing aan te vechten aangezien de daar inzake bestreden beslissing een einde stelde aan de kansen van een verzoeker om de toekenning van de opdracht te bekomen en de eventuele vernietiging van de beslissing tot wering van de offerte een invloed zou gehad kunnen hebben op de gunningsbeslissing, die is tussengekomen in een later stadium dan dat van de wering.”

Voorts betoogt de verzoekende partij dat gelet op artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zij nog steeds een belang heeft bij de nietigverklaring van de selectiebeslissing, “nu de mogelijkheid bestaat om een schadevergoeding wegens herstel te bekomen voor de schade die de onregelmatige selectiebeslissing heeft veroorzaakt (o.a. gederfde inkomsten). Hetzij voor uw Raad, overeenkomstig artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten

op de Raad van State, hetzij voor de burgerlijke rechter, overeenkomstig artikel 1382 BW”.

Beoordeling

6.1. In de eerste plaats merkt de Raad op dat de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ hier nog van toepassing is en niet de door de verzoekende partij ingeroepen wet van 17 juni 2013, aangezien de aankondiging van de opdracht dagtekent van vóór 1 juli 2013.

6.2. Luidens artikel 65/4, 4°, van de voormelde wet van 24 december 1993 stelt de aanbestedende overheid een gemotiveerde beslissing op wanneer zij beslist over de selectie van de kandidaten ingeval de procedure een eerste fase met de indiening van aanvragen tot deelneming omvat; het is deze beslissing die de verzoekende partij bestrijdt. Luidens artikel 65/5, 5°, van dezelfde wet bevat deze gemotiveerde beslissing de namen van de al dan niet geselecteerde kandidaten of inschrijvers en de juridische en feitelijke motieven voor de beslissingen die daarop betrekking hebben. Luidens artikel 65/7, § 1, van dezelfde wet deelt de aanbestedende overheid, wanneer de procedure een eerste fase met de indiening van aanvragen tot deelneming omvat, onmiddellijk na het nemen van de gemotiveerde selectiebeslissing, aan elke niet-geselecteerde kandidaat mee: 1° de motieven voor zijn niet-selectie, in de vorm van een uittreksel van deze beslissing; 2° ingeval van een beperking van het aantal geselecteerde kandidaten op basis van een rangschikking, de gemotiveerde selectiebeslissing. Luidens artikel 65/8, § 1, 1°, van dezelfde wet doet de aanbestedende overheid, onmiddellijk na het nemen van de gunningsbeslissing, kennisgeving aan elke niet-geselecteerde inschrijver, van de motieven voor zijn niet-selectie, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing. Luidens artikel 65/1, 5° en 7°, van dezelfde wet is een kandidaat de aannemer, leverancier of dienstverlener die een aanvraag tot deelneming indient met het oog

op zijn selectie of zijn kwalificatie en is een inschrijver de aannemer, leverancier, dienstverlener of gegadigde die een offerte indient.

Hieruit volgt dat, aangezien de procedure in een eerste fase met de indiening van aanvragen tot deelneming voorziet, de verzoekende partij als kandidaat – geen inschrijver – enkel diende te worden in kennis gesteld van de selectiebeslissing en niet van de gunningsbeslissing.

6.3. Luidens het arrest Amec Spie, nr. 152.174 van 2 december 2005 van de Algemene Vergadering van de Raad van State verdwijnt het belang om een beslissing aan te vechten waarbij een kandidatuur niet in aanmerking wordt genomen, als de gegadigde die niet is uitgekozen, de beslissing waarbij de opdracht aan een concurrent wordt toegewezen, niet betwist. Te dezen heeft de verzoekende partij de beslissing waarbij de opdracht aan een concurrent wordt toegewezen, niet betwist. Aldus wordt met toepassing van de leer uit dit arrest vastgesteld dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het aanvechten van de bestreden beslissing.

6.4. Het feit dat de verzoekende partij enkel van de selectiebeslissing diende te worden in kennis gesteld, houdt niet *ipso iure* in dat zij zich mag beperken tot het aanvechten van enkel deze beslissing. De mededelingsplicht van de verwerende partij staat in beginsel los van de plicht van een verzoekende partij om blijk te geven van een voortdurend belang.

6.5. Het argument van de verzoekende partij dat zij alsnog beroep kan aantekenen tegen de gunningsbeslissing waardoor zij haar belang bij haar beroep tegen de selectiebeslissing behoudt, wordt evenmin bijgevallen. Zoals reeds overwogen diende de gunningsbeslissing haar niet ter kennis te worden gebracht. De feitelijke kennisname is hier bepalend voor het ingaan van de termijn voor het indienen van een annulatieberoep tegen de gunningsbeslissing. Zoals de verwerende partij in haar laatste memorie aantoont is de beslissing tot gunning van de opdracht op 16 augustus 2014 bekendgemaakt in het supplement

van het Publicatieblad van de Europese Unie. De verzoekende partij werd tevens in het auditorsverslag dat haar op 30 juni 2015 werd betekend, op het bestaan van de beslissing gewezen. De laatste memorie van de verwerende partij werd met een brief van 15 september 2015 aan de verzoekende partij overgemaakt waarbij zij aldus nogmaals in kennis werd gesteld van het bestaan van de beslissing die overigens bij die laatste memorie was gevoegd. De betekening van het auditorsverslag in aanmerking nemende dient te worden vastgesteld dat de beroepstermijn aldus ten laatste op 1 juli 2015 is beginnen lopen en op 29 augustus 2015 is geëindigd. De verzoekende partij heeft nagelaten tijdig een annulatieberoep tegen de gunningsbeslissing in te dienen.

6.6. Ten slotte beroept de verzoekende partij zich op het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 26 maart 2010, zaak T-577/08, Proges/Commissie. In dit arrest inzake overheidsopdrachten overweegt het Gerecht dat de verzoekende partij belang heeft bij de aanvechting van de beslissing, waarbij zij niet werd geselecteerd, terwijl zij nochtans geen beroep heeft ingesteld tegen de gunningsbeslissing, omdat deze vernietiging een weerslag zou kunnen hebben op de wettigheid van de gunningsbeslissing; immers, zo vervolgt het Gerecht, het zal aan de Commissie toekomen maatregelen te nemen voor de uitvoering van het arrest; overigens, zo besluit het Gerecht, kan een vernietigingsarrest ook gevolgen hebben wat een eventuele vraag tot schadevergoeding bij het Gerecht betreft.

De verwijzing naar dit arrest overtuigt evenmin. De verzoekende partij toont niet aan dat de opvatting in het arrest van het Gerecht, waarin er geen uitdrukkelijke verwijzingen zijn opgenomen naar toegepaste rechtsregels of -beginselen, gestoeld is op rechtsregels of -beginselen die ook door de Raad moeten worden in acht genomen. De verwijzing naar een mogelijkheid tot het vragen van schadevergoeding aan de Raad lijkt evenmin te volstaan; hoe dan ook moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij thans geen dergelijke vordering heeft ingediend noch stelt dat zij ze zal instellen. Voorts komt een verzoek tot schadevergoeding tot herstel, dat een accessorium

vormt van het annulatieberoep, slechts aan de orde wanneer in het arrest dat uitspraak doet over de gevorderde nietigverklaring een onwettigheid wordt vastgesteld, hetgeen hier niet het geval is. Ten slotte volstaat de mogelijkheid voor de verzoekende partij om schadevergoeding te vragen aan de burgerlijke rechter – aangezien de Raad van State geen uitspraak doet over de grond van de zaak, staat artikel 11*bis*, vierde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State een gemeenrechtelijke vordering niet in de weg – niet om haar belang bij haar annulatieberoep te behouden.

Het beroep is niet meer ontvankelijk.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 januari 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest