

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 236.931 van 27 december 2016
in de zaak A. 214.963/XII-7830**

In zake: de NV BOUWONDERNEMING FRANÇOIS GOEDLEVEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Arnoud Declerck en Eva Roels
kantoor houdend te 8530 Harelbeke
Kortrijksesteenweg 387
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 2 februari 2015, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing d.d. 28 november 2014 van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Antwerpen met betrekking tot de overheidsopdracht ‘Interieurrestauratie Sint-Carolus-Borromeuskerk, reiniging, herstel en schilderwerken’, inhoudend dat de opdracht wordt stopgezet omdat geen enkel van de ingediende offertes voor gunning in aanmerking komt, en dezelfde opdracht opnieuw wordt geplaatst bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. 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.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 oktober 2016.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tom Pacqué, die loco advocaat Arnoud Declerck verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Jasmine D’hanis, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, 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. De verwerende partij schrijft op 1 oktober 2010 een open aanbesteding uit voor het uitvoeren van een opdracht voor aanneming van werken “Interieurrestauratie Sint Carolus Borromeuskerk, reiniging, herstel en schilderwerken” (GAC/2014/2403), die zij bekend maakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 6 mei 2014.

Vier ondernemingen dienen een offerte in, onder wie de verzoekende partij, de nv Renotec en de thv nv Denys – bvba Schilderwerken De Witte – cvba Iparc (hierna: de thv Denys).

3.2. Op 28 november 2014 beslist het college van burgemeester en schepenen om de aanbesteding stop te zetten, de opdracht niet te gunnen en een nieuwe opdracht uit te schrijven via een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking (GAC/2014/2829). Volgens het verslag van nazicht kwamen geen van de vier ingediende offertes “in aanmerking voor gunning”. Drie inschrijvers waaronder de verzoekende partij, worden wat de kwalitatieve selectie betreft, uitgesloten; de offerte van de thv Denys wordt geweerd wegens niet regelmatige ondertekening.

Deze beslissing wordt bij aangetekende brief van 2 december 2014 aan de verzoekende partij ter kennis gebracht.

Dit is de bestreden beslissing.

3.3. Voor de onderhandelingsprocedure worden de thv Denys en de nv Renotec geraadpleegd, evenals drie nieuwe aannemers. Enkel de voormelde twee ondernemingen en een derde onderneming dienen een offerte in.

De verzoekende partij wordt niet uitgenodigd. Op 20 februari 2015 vraagt de verzoekende partij vervolgens om haar alsnog “op voet van gelijkheid” te betrekken bij de opgestarte onderhandelingsprocedure. In haar antwoord van 3 maart 2015 wijst de verwerende partij deze vraag af, omdat “conform de bestekbepalingen, de offertes in het kader van de lopende onderhandelingsprocedure uiterlijk op 13 januari 2015 om 17u00 moesten worden ingediend” en bijgevolg “er na voormelde datum geen offertes meer [kunnen] worden ingediend”.

3.4. Bij beslissing van 3 juli 2015 beslist het college van burgemeester en schepenen dat enkel de offerte van de thv Denys regelmatig is en dat de opdracht aan haar wordt gegund.

3.5. Op 20 juli 2015 vordert de verzoekende partij in de zaak, gekend onder rolnummer A. 216.480/XII-7915, de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Antwerpen van 3 juli 2015 met betrekking tot de overheidsopdracht ‘Interieurrestauratie Sint-Carolus-Borromeuskerk, reiniging, herstel en schilderwerken’ (bestek GAC/2014/2829), inhoudend dat de opdracht wordt gegund aan de thv nv Denys – bvba Schilderwerken De Witte – cvba Iparc, voor een bedrag van 1.257.844,77 EUR inclusief btw”.

Die vordering wordt verworpen bij arrest nr. 232.042 van 13 augustus 2015.

De verzoekende partij heeft geen annulatieberoep ingesteld tegen de voormelde gunningsbeslissing.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. In het auditorsverslag wordt onder een kopje ‘3. Ontvankelijkheid’ louter verwezen naar het arrest van de algemene vergadering inzake de nv Boucher, nr. 152.172 van 2 december 2005 en dit zonder nadere toelichting.

Hiermee lijkt te worden gesuggereerd – de partijen hebben het alvast zo begrepen – dat aangezien de verzoekende partij de gunningsbeslissing van 3 juli 2015 ten gronde niet heeft aangevochten, zij elke kans heeft verloren om de overheidsopdracht in de wacht te slepen en zij hierdoor geen belang heeft bij het voorliggende beroep. Het besluit is verwerping van het beroep.

4.2. In haar laatste memorie betwist de verzoekende partij de toepasselijkheid van het arrest nv Boucher. Zij houdt staande dat zij onbetwistbaar het rechtens vereiste belang behoudt om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van 28 november 2014 waarbij de litigieuze opdracht “haar niet werd gegund”, ongeacht het feit dat ingevolge een latere gunnings-

beslissing de opdracht aan een derde werd gegund en deze laatste beslissing definitief is geworden.

Zij is van oordeel dat de motivering van het arrest nv Boucher van 2 december 2015 is achterhaald door de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ en door recente rechtspraak van de Raad van State, waarin het principe wordt bevestigd dat de gepasseerde inschrijver minstens een gekwalificeerd moreel belang heeft bij de nietigverklaring van de gunningsbeslissing die een van de overeenkomst afsplitsbare bestuurshandeling is, ook wanneer het materieel onmogelijk is geworden om de opdracht zelf nog binnen te halen. Zij verwijst hiervoor naar rechtspraak van de Raad.

De verzoekende partij betoogt vervolgens dat gelet op de ruime omschrijving van het belang in artikel 14 van de voormelde wet van 17 juni 2013 – ruimer dan deze in artikel 19, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State – het volstaat dat de verzoekende partij een belang heeft gehad bij de gunningsbeslissing en haar vordering tot nietigverklaring grondt op een aangeklaagde inbreuk op de regelgeving inzake overheidsopdrachten, opdat de Raad van State de vordering ten gronde dient te beoordelen. Dit geldt volgens haar dus ook indien – naast het morele belang – het materiële belang van de verzoekende partij er nog enkel in bestaat dat een vernietigingsarrest de grond kan vormen voor een latere burgerlijke procedure tot betaling van een schadevergoeding. Het feit dat de opdracht intussen is uitgevoerd door een derde, kan geen afbreuk doen aan het belang dat de verzoekende partij “heeft of heeft gehad”. Daarbij kan het geen rol spelen of die uitvoering het gevolg is van het sluiten van een overeenkomst betreffende de litigieuze opdracht krachtens de bestreden beslissing zelf, of, zoals hier, krachtens een nieuwe overheidsopdracht geplaatst bij onderhandelingsprocedure. In beide gevallen doet de uitvoering van de overeenkomst geen afbreuk aan het belang van de verzoekende partij, in de specifieke zin zoals bedoeld in artikel 14 van de wet van 17 juni 2013.

4.3. De verwerende partij sluit zich in haar laatste memorie aan bij de door het auditoraat opgeworpen exceptie. De verzoekende partij heeft immers

‡CHMQLEGAA-BCHIEJQ‡

niet uitdrukkelijk de beslissing tot niet-selectie tot de toenmalige overheidsopdracht betwist, noch heeft zij de nietigverklaring gevorderd van de latere gunningsbeslissing van 3 juli 2015. Het arrest nv Boucher van de algemene vergadering van de Raad van State beoogt nochtans uitdrukkelijk deze situatie. De ingeroepen rechtspraak van de Raad betreft andere situaties zoals het aanvechten van een gunningsbeslissing of een onregelmatigverklaring van een offerte.

Ten slotte benadrukt de verwerende partij nog dat het principearrest nv Boucher ondertussen nog meermaals door de Raad werd bevestigd, zoals in het arrest nv ATS, nr. 216.743 van 8 december 2011, waarin werd geoordeeld dat in beginsel het belang om de nietigverklaring te vorderen van een beslissing waarbij de gunningsprocedure wordt stopgezet en een nieuwe procedure wordt gestart, verdwijnt als de betrokken inschrijver de uiteindelijke beslissing waarbij de opdracht aan een concurrent wordt toegewezen niet betwist. De verwerende partij wijst er “ten overvloede” op dat de verzoekende partij geen regelmatige offerte heeft ingediend en ook op grond daarvan niet beschikt over het vereiste belang bij de huidige procedure.

Beoordeling

5.1. Het belang van een verzoeker om voor de Raad van State een beslissing tot gunning van een overheidsopdracht te bestrijden, bestaat er idealiter in opnieuw op zijn minst kans te maken om die opdracht gegund te krijgen en die zelf uit te voeren.

In die gedachtegang gaat het belang om de nietigverklaring te vorderen van een beslissing waarbij van een gunningsprocedure wordt afgezien en tot een nieuwe procedure wordt beslist betreffende eenzelfde opdracht, teniet wanneer de verzoeker geen belangstelling meer toont voor de nieuwe procedure, hetzij door te verzuimen daaraan deel te nemen, hetzij door zich ervan te onthouden de beslissing te betwisten waarbij de opdracht aan een concurrent wordt gegund.

5.2. Te dezen heeft de verzoekende partij weliswaar een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld tegen de gunningsbeslissing van 3 juli 2015 – vordering die werd afgewezen – doch zij heeft nagelaten deze beslissing met een annulatieberoep te bestrijden zodat deze beslissing, zoals de verzoekende partij ook erkent, definitief is geworden. Dit houdt in dat de verzoekende partij in beginsel geen belang, ook geen moreel belang, meer heeft bij het aanvechten van de hier bestreden beslissing aangezien zij zichzelf elke kans heeft ontnomen om de opdracht, zelfs niet bij een hypothetische evaluatie, zich gegund te zien krijgen. De omstandigheid dat het belang van een verzoeker in de voormelde wet van 17 juni 2013 ruimer wordt omschreven, doet niet anders oordelen; minstens maakt de verzoekende partij niet duidelijk op welke wijze een nietigverklaring van de thans bestreden beslissing invloed kan hebben op de definitief geworden gunningsbeslissing en aanleiding zou kunnen geven tot een voor haar gunstige nieuwe gunningsbeslissing.

Evenmin brengt de vaststelling dat een nietigverklaring van de hier bestreden beslissing de verzoekende partij helpt bij het verkrijgen van een schadevergoeding bij de burgerlijke rechter, de verzoekende partij soelaas. Dit zuiver geldelijk belang volstaat niet aangezien het geen belang is bij de nietigverklaring en het dus uit de rechtsorde doen verdwijnen van de bestreden beslissing doch slechts bij het gegrond horen verklaren van een middel.

De verzoekende partij wordt geacht niet meer het rechtens vereiste belang te hebben bij haar beroep.

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 een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 december 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest