RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 238.563 van 19 juni 2017
in de zaak A. 222.287/XII-8386

In zake: de BVBA BESA-AG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Nir Zeltzer
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Lange Herentalsestraat 122
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE NIEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2650 Edegem
Mechelsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 30 mei 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "het besluit d.d. 16 mei 2017 van de Gemeente Niel waarbij de overheidsopdracht met dossiernummer Infra/861.2/dj2017/2 bij wege van onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking voor werken met als voorwerp 'Vernieuwen ramen en buitendeuren GBS Veldstraat' wordt gegund aan de firma nv D.M.W.".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 13 juni 2017, om 14.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Deborah Johnson, die *loco* advocaat Nir Zeltzer verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Luc Vermeire 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 een overheidsopdracht voor aanneming van werken uit met als voorwerp “Vernieuwen ramen GBS Veldstraat”. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen. De gunningswijze is de onderhandelingsprocedure met bekendmaking. Het bijzonder bestek met referte INFRA/861.2/dj 2017/2 is van toepassing.

3.2. Er worden vier offertes ingediend, namelijk door de nv Van Pellicom, de bvba Besa-AG, de bvba Cartoflex Windows en de nv D.M.W.

3.3. Er wordt een nazichtsverslag opgesteld op 28 maart 2017.

3.4. Op 25 april 2017 beslist de verwerende partij dat zij de procedure stopzet en dat ze eventueel opnieuw wordt opgestart. Als reden van de stopzetting wordt overwogen:

> “Er is een nieuwe aanbesteding met nieuwe technische specificaties vermits er onduidelijkheden waren in de huidige technische specificaties die niet konden rechtgezet worden door bijkomende inlichtingen te vragen zo de kandidaten dus niet vergeleken konden worden.
> Overwegende dat, rekening houdende met het voorgaande, het aangewezen is af te zien van de gunning van deze opdracht en de procedure later eventueel opnieuw op te starten.”

3.5. Op 26 april 2017 deelt de verwerende partij de vier inschrijvers mee dat hun offerte niet werd “weerhouden” aangezien het college van burgemeester en schepenen op 25 april 2017 besliste “de opdracht met als voorwerp ‘Vernieuwen ramen GBS Veldstraat’ niet te gunnen en deze opdracht later eventueel opnieuw aan te besteden”. De “[r]eden voor het stoppen” uit het voormelde collegebesluit wordt hernomen.

3.6. Eveneens op 25 april 2017 neemt de verwerende partij een onderscheiden beslissing tot goedkeuring van een nieuw bestek en van de gunningswijze van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking waarbij de vier ondernemingen die bij de eerste gunningsprocedure inschreven, worden uitgenodigd een offerte in te dienen.

3.7. De vier in de beslissing vermelde ondernemingen worden aangeschreven om een offerte in te dienen en er worden vervolgens twee offertes ingediend, namelijk door de bvba Cartoflex Windows en door de nv D.M.W.

3.8. Er wordt een nazichtsverslag opgesteld op 15 mei 2017.

3.9. Op 16 mei 2017 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv D.M.W. Dit is de bestreden beslissing.

3.10. Met een e-mailbericht van 17 mei 2017 deelt de verzoekende partij aan de verwerende partij mee dat zij werd “aangeschreven [om] deel te nemen aan de gunningsprocedure voor het plaatsen van ramen in de school in de Veldstraat” en “[o]m welbepaalde redenen […] hieraan niet [heeft] deelgenomen”. Tevens wordt gevraagd de datum van de gunning te laten weten en in voorkomend geval een kopie van het collegebesluit over te maken.

Een afschrift van de gunningsbeslissing van 16 mei 2017 wordt haar vervolgens meegedeeld.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

Standpunt van de partijen

4.1.1. De verzoekende partij omschrijft in het verzoekschrift haar belang bij de vordering als volgt:

> "Aangezien verzoekster een regelmatige offerte heeft ingediend en dus belang heeft gehad om de opdracht te krijgen en de opdracht niet aan haar werd gegund, maar aan de firma D.M.W., heeft verzoekster uiteraard het rechtens vereiste belang bij onderhavige vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid."

Ter terechtzitting benadrukt de verzoekende partij dat de twee gunningsprocedures twee fasen zijn van een en dezelfde administratieve rechtshandeling.

4.1.2. De verwerende partij betwist het belang van de verzoekende partij bij haar vordering. Zij wijst erop dat de verzoekende partij geen offerte heeft ingediend voor de – tweede – gunningsprocedure die heeft geleid tot de bestreden beslissing niettegenstaande zij daartoe was uitgenodigd. Evenmin heeft de verzoekende partij de beslissing tot stopzetting van de eerste gunningsprocedure waarvoor zij wel een offerte heeft ingediend, aangevochten. De twee gunningsprocedures maken geen deel uit van eenzelfde complexe administratieve rechtshandeling; de verzoekende partij mag dan ook niet een onwettigheid van de stopzettingsbeslissing aanvoeren tegen de hier bestreden beslissing.

Door geen offerte in te dienen voor de tweede gunningsprocedure heeft de verzoekende partij haar belang verloren bij de huidige vordering.

Beoordeling

4.2.1. Het past een exceptie aangevoerd in een kortgedingprocedure gelet op de aard van deze procedure, eerder te verwerpen dan te aanvaarden, tenzij indien een beperkt onderzoek zou uitwijzen dat deze reeds *prima facie* een hoge graad van ernst vertoont; dit laatste is hier het geval om de volgende redenen.

4.2.2. Bij het aanvechten van beslissingen inzake overheidsopdrachten gaat het er wezenlijk om dat de verzoekende partij de overheidsopdracht zelf gegund wil krijgen. Dit dient het primordiaal oogmerk van haar vordering te zijn. In beginsel heeft een verzoekende partij die niet zelf aan de gunningsprocedure heeft deelgenomen dan ook geen belang bij de vordering tegen een beslissing die met het oog op de gunning van deze opdracht wordt genomen, tenzij onder meer wanneer de gevolgde gunningswijze de verzoekende partij heeft belet een offerte in te dienen, wanneer een gebrek in de bekendmaking wordt aangevoerd of wanneer de verzoekende partij een beroep heeft ingesteld tegen de selectie- of besteksvoorwaarden die haar verhinderen om deel te nemen aan de opdracht.

In de huidige stand van het geding wordt vastgesteld dat de verzoekende partij geen offerte heeft ingediend in het kader van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking die leidde tot de bestreden beslissing ook al werd zij daartoe uitgenodigd. Deze gunningsprocedure is te onderscheiden van de eerdere onderhandelingsprocedure met bekendmaking; ze vormen geen twee fasen van eenzelfde administratieve rechtshandeling.

In de uiteenzetting der feiten stelt zij wel dat het “opnieuw” indienen van een offerte geen zin had “[g]elet op het feit dat in de eerste fase de wettelijk verplichte onderzoeken door verwerende partij niet werden gedaan met als gevolg concurrentievervalsing waardoor indieners van een onregelmatige offerte toch nog in de procedure als mogelijke kandidaten werden weerhouden (en op de hoogte zijn van de prijzen van de offertes die wel voldoen aan de normen)”. “Deelname aan deze ‘tweede ronde’ zou [volgens haar] bovendien geïmpliceerd hebben dat verzoekster akkoord was met deze ‘tweede ronde’ terwijl verzoekster hier allerminst akkoord mee was.”

Het eerste motief betreft in feite de vraag of alle inschrijvers uit de eerste, stopgezette, procedure terecht nog werden aangeschreven en bepaalde van die inschrijvers in die procedure niet onregelmatig hadden moeten worden verklaard. Dit motief kan eventueel, naargelang de beweegredenen voor de keuze van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, relevant zijn in het kader van de wettigheid van die onderhandelingsprocedure, maar toont op het eerste gezicht niet aan dat de verzoekende partij geen offerte kon indienen in de nieuwe procedure. Dit geldt evenzeer voor haar argument dat die eventueel onregelmatige inschrijvers dan de prijzen kenden van de andere inschrijvers.

Het tweede motief lijkt evenmin aan te tonen dat de verzoekende partij geen offerte kon indienen. De deelname aan een onderhandelingsprocedure belet niet noodzakelijk dat die inschrijver belang heeft bij het aanvoeren van de onwettigheid van die procedure en dit geldt zeker indien hij de eerdere stopzettingsbeslissing ook aanvecht, wat hij hier niet doet. Het bestek lijkt ook geen bepaling te bevatten dat een inschrijver door een offerte in te dienen, wordt geacht akkoord te gaan met de gunningsprocedure.

4.2.3. Op het eerste gezicht lijkt de exceptie van gebrek aan belang wegens het niet indienen van een offerte dan ook een voldoende graad van ernst te vertonen om in de huidige stand van het geding te worden aanvaard.

V. Besluit

5. De vordering dient te worden verworpen.

De kosten van de vordering met inbegrip van de niet-betwiste rechtsplegingsvergoeding worden ten laste van de verzoekende partij gelegd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, 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 19 juni 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Pierre Barra**