RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 239.387 van 12 oktober 2017
in de zaak A. 222.261/XII-8384

In zake: de BVBA LEIRIA INVESTMENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Yves Lenders en Jens Debièvre
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86 C/113
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV NMBS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Tom Villé
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 26 mei 2017, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van:

"- De beslissing van 3 april 2017 van de NMBS […] zoals onvolledig meegedeeld per aangetekend schrijven van 21 april 2017 […] en vervolgens meegedeeld per aangetekend schrijven van 12 mei 2017 […] om de offerte van Leiria ingediend naar aanleiding van de toewijzing van de concessieovereenkomst 'warme snacks' station Gent-Sint-Pieters niet te selecteren en de concessieovereenkomst aldus niet aan haar te gunnen; (Eerste Bestreden Beslissing) en
- De beslissing van 3 april 2017 van het Directiecomité van de NMBS, zoals meegedeeld per aangetekend schrijven van 12 mei 2017 […] waarmee hij [V.B.] en [P.C.] mandateert om de concessieovereenkomst 'warme snacks' station

Gent-Sint-Pieters ‘te finaliseren’ met de NV Colmar. (Tweede Bestreden Beslissing)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Auditeur Sofie De Doncker heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 september 2017.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Yasmine D’Hanis, die *loco* advocaat Jens Debièvre verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Riet Straetmans, die *loco* advocaten Barteld Schutyser en Tom Villé verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Sofie De Doncker 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 verzoekende partij is sedert 1 juni 2010 concessiehouder in het station van Gent-Sint-Pieters van een koffiebar, onder het concept “The Döner Company”. De concessieovereenkomst liep af op 31 mei 2017.

3.2. Op 28 november 2016 schrijft de verwerende partij een marktconsultatie uit voor de toewijzing van een concessieovereenkomst voor de exploitatie van een concept “hamburgers, hotdogs, kebab (kip-kalf-vis), falafel, dürüm, turkse pizza, frieten en frisdranken” in een retailruimte aan de hoofdingang van het station Gent-Sint-Pieters.

Het marktconsultatiedocument, dat werd bekendgemaakt op de website van de NMBS en verstuurd naar circa 70 potentiële gegadigden, waaronder de verzoekende partij, vermeldt de selectiecriteria waaraan de offertes moeten voldoen.

3.3. Op 31 januari 2017 worden door de verwerende partij negen offertes ontvangen. Drie kandidaat-concessiehouders, waaronder de verzoekende partij, dienen een offerte in met het concept “The Döner Company”. De gekozen kandidaat-concessiehouder, de nv Colmar, dient een offerte in met het concept “Bernies Gourmet Burger / Fritkot”.

3.4. Met een gemotiveerde beslissing van 3 april 2017 wordt de offerte van de verzoekende partij geweerd omdat ze niet in overeenstemming wordt geacht met de selectiecriteria.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.5. Vervolgens worden de offertes van de geselecteerde kandidaat-concessiehouders beoordeeld op grond van de gunningscriteria. Deze beoordeling leidt tot de beslissing om de concessieovereenkomst toe te wijzen aan de nv Colmar. Het directiecomité mandateert daarop V.B., Head of Stations en P.C., Head of Commercial activities stations, om de concessieovereenkomst met de nv Colmar te finaliseren.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

3.6. Met een ter post aangetekende brief van 21 april 2017 en een e-mailbericht van 24 april 2017 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van haar niet selectie, waarbij haar wordt medegedeeld "dat, na grondig onderzoek van de offertes, uw bieding niet weerhouden werd omdat uw offerte niet voldoet aan, onder meer, de opgelegde selectievereisten noch de nodige informatie bevat over de vereiste technische en beroepsvaardigheden".

3.7. Op 5 mei 2017 verzoekt de raadsman van de verzoekende partij met een e-mailbericht en een ter post aangetekend schrijven om de gemotiveerde beslissing tot niet-selectie over te maken. Met een ter post aangetekende brief van 12 mei 2017 wordt deze beslissing aan de raadsman van de verzoekende partij verstuurd.

3.8. Inmiddels heeft de verwerende partij op 25 april 2017 de nieuwe concessieovereenkomst met de nv Colmar gesloten.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de schorsing van de tenuitvoerlegging slechts worden bevolen onder de dubbele voorwaarde dat de zaak te spoedeisend is voor een behandeling ervan in een beroep tot nietigverklaring en indien minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden.

Wat de spoedeisendheid van de vordering betreft

Uiteenzetting in het verzoekschrift

4.1. In het verzoekschrift zet de verzoekende partij met betrekking tot de spoedeisendheid van de vordering uiteen wat volgt:

"Een zaak is spoedeisend zodra de vrees voor schade van enig belang, of zelfs voor ernstige nadelen, een onmiddellijke beslissing wenselijk maakt. Bijgevolg mag de schorsingsprocedure worden gehanteerd wanneer het geschil niet met de gewone annulatieprocedure binnen de gewenste tijdspanne opgelost kan worden.
Hier kan vooreerst worden vastgesteld dat Leiria met de gepaste spoed en diligentie gehandeld heeft, wanneer zij na ontvangen van de uiterst partiële kennisgeving van de Eerste Bestreden Beslissing op 21 april 2017 haar raadslieden op 5 mei 2017 de NMBS een schrijven heeft laten richten met daarin het verzoek haar de volledige gemotiveerde beslissing over te maken.
Daarenboven moet worden vastgesteld dat de behandeling van deze zaak in een beroep tot nietigverklaring geen afdoende rechtsherstel biedt. Thans heeft verzoekende partij namelijk nog een kans om de concessie-overeenkomst gegund te krijgen.
Er ligt momenteel nog geen gesloten concessieovereenkomst met de NV Colmar voor. En zelfs mocht de NMBS ondertussen, in weerwil van de aandrang van Leiria niet te contracteren, de concessieovereenkomst reeds gesloten hebben, dan [nog] heeft Leiria een belang bij onderhavig verzoekschrift. lmmers, niemand, ook Uw Raad niet, kan voorspellen welk gevolg NMBS zal geven aan de schorsing van haar toestemming tot de concessieovereenkomst middels de Eerste Bestreden Beslissing.
De sluiting van het concessiecontract en het einde van de huidige concessieovereenkomst tussen Leiria en de NMBS zijn evenwel nakende […]. Het resultaat van een procedure tot nietigverklaring kan in deze dan ook niet worden afgewacht. Enkel een schorsingsprocedure kan het definitief verlies van een kans op de toekenning van de concessie-overeenkomst voorkomen. Hierbij kan de schorsingsprocedure worden doorlopen binnen een voor Leiria dienstig tijdsbestek, m.n. alvorens de gekozen concessiehouder start met de herinrichtingswerkzaamheden van het pand.
Tot slot berokkenen de Bestreden Beslissingen Leiria onomkeerbare schade, in de zin dat zij zal gehouden zijn de huidige inrichting van het pand weg te nemen op het einde van de lopende concessieovereenkomst."

Beoordeling

4.2. Zoals hiervóór *sub* 4 in herinnering is gebracht, kan krachtens artikel 17, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing slechts worden bevolen

indien, onder meer, “de zaak te spoedeisend is voor een behandeling ervan in een beroep tot nietigverklaring”.

In de parlementaire voorbereiding van de voormelde wettelijke bepaling is te lezen dat “[d]e spoedeisendheid zal worden vastgesteld wanneer de verzoeker het resultaat van [de] procedure [ten gronde] niet kan afwachten om zijn beslissing te verkrijgen, op straffe zich in een toestand te bevinden met onherroepelijke schadelijke gevolgen” (memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2277/1, 13).

4.3. Luidens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State moet het verzoekschrift “een uiteenzetting van de feiten [bevatten] die, volgens de indiener ervan, de spoedeisendheid verantwoorden die ter ondersteuning van dit verzoekschrift wordt ingeroepen”. Hetzelfde is te lezen in artikel 8, eerste lid, 4°, van het koninklijk besluit van 5 december 1991 ‘tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State’. Dit houdt in dat het aan de verzoekende partij toebehoort om in haar inleidend verzoekschrift de aan de zaak eigen, specifieke gegevens bij te brengen die concreet aantonen dat de zaak spoedeisend is, gelet op de gevolgen van een – voortdurende – tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing.

Er kan geen rekening worden gehouden met wat over de spoedeisendheid eventueel in latere stukken of op de terechtzitting nog wordt aangevoerd.

4.4. Te dezen motiveert de verzoekende partij de spoedeisendheid van haar vordering in het inleidend verzoekschrift met het argument dat zij “[t]hans […] nog een kans [heeft] om de concessieovereenkomst gegund te krijgen”, aangezien momenteel nog geen gesloten overeenkomst met de nv Colmar voorligt, en, zelfs indien deze reeds zou zijn gesloten, “niemand, ook Uw Raad niet, kan voorspellen welk gevolg [de] NMBS zal geven aan de schorsing van haar toestemming tot de concessieovereenkomst middels de Eerste Bestreden

Beslissing". Volgens de verzoekende partij kan enkel een schorsingsprocedure het definitief verlies van een kans op de toekenning van de concessieovereenkomst voorkomen. Bijkomend berokkenen de bestreden beslissingen onomkeerbare schade, aangezien zij gehouden zal zijn de huidige inrichting van het pand weg te nemen op het einde van de lopende concessieovereenkomst.

4.5. Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de verwerende partij reeds op 25 april 2017, dit is meer dan het maand vóór het indienen door de verzoekende partij van de vordering tot schorsing, de nieuwe concessieovereenkomst met de gekozen inschrijver heeft gesloten.

De verzoekende partij toont niet concreet aan en de Raad van State ziet ook zelf niet meteen in op welke wijze de gevraagde schorsing, anders dan een latere nietigverklaring, onherroepelijke schadelijke gevolgen kan tenietdoen of vermijden, die de verzoekende partij legt bij het verlies van de kans de concessie zich te zien toewijzen. De schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen zou immers nog niet de schorsing van de betrokken reeds gesloten overeenkomst met zich meebrengen, nu het tot de uitsluitende rechtsmacht van de gewone rechtbanken behoort om de uitvoering van een overeenkomst te schorsen.

Nu de tussen de verzoekende partij en de verwerende partij gesloten concessieovereenkomst hoe dan ook een einde nam op 31 mei 2017, is het gegeven dat de verzoekende partij het pand dient te ontruimen in elk geval geen gevolg van de thans bestreden beslissingen.

Ter terechtzitting merkt de verzoekende partij nog op dat in het contentieux van de overheidsopdrachten het feit dat de overeenkomst reeds is gesloten er niet aan in de weg staat dat door de Raad van State alsnog tot de schorsing van de beslissing tot gunning van een overheidsopdracht wordt overgegaan, zodat er een ongelijkheid inzake rechtsbescherming ontstaat naar

gelang de vordering betrekking heeft op een overheidsopdracht of op de gunning van een concessie.

Daargelaten de vraag of deze argumentatie niet reeds in het verzoekschrift had moeten worden aangevoerd, dient te worden vastgesteld dat het door de verzoekende partij aangeklaagde onderscheid zijn oorsprong vindt in het feit dat ten tijde van het nemen van de bestreden beslissingen de regelgeving omtrent een vordering tot schorsing van een beslissing tot gunning van een concessie uitsluitend werd beheerst door artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en het koninklijk besluit van 5 december 1991 'tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State', dat in uitvoering daarvan werd vastgesteld, daar waar de regelgeving omtrent de schorsing van een beslissing tot gunning van een overheidsopdracht bijkomend werd beheerst door de toentertijd geldende wet van 17 juni 2013 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten', met eigen voorwaarden waaronder de schorsing kan worden bevolen. De argumentatie van de verzoekende partij is derhalve gesteund op kritiek op de wet, waarvoor de Raad van State geen rechtsmacht heeft.

V. Besluit

5. Er is niet voldaan aan ten minste één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State die cumulatief vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing worden toegewezen.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 oktober 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Johan Bovin**