

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 243.218 van 13 december 2018
in de zaak A. 223.842/XII-8468**

In zake: de NV BOUWBEDRIJF VMG-DE COCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Geerts
kantoor houdend te 9300 Aalst
Bauwensplein 1 bus 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD DENDERMONDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9300 Aalst
Désiré De Wolfstraat 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 22 november 2017, strekt tot de nietigverklaring van:

1) de beslissing van 16 november 2016 van de stad Dendermonde “waarbij voor de gunning van de opdracht inhoudende het bouwen en uitbreiden van de gemeentelijke basisschool ‘Echo’ te Oudegem gekozen werd voor de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking”

2) de beslissing van 5 december 2016 van de stad Dendermonde “waarbij de onderhandelingsprocedure wordt opgestart en de aannemers worden geselecteerd die zullen worden uitgenodigd om deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure”

3) de beslissing van 27 maart 2017 van de stad Dendermonde “waarbij beslist werd om, na onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, de opdracht

inhoudende het bouwen en uitbreiden van de gemeentelijke basisschool ‘Echo’ te Oudegem te gunnen aan de NV Bouwwerken De Raedt Yvan”.

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 Jozef 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 27 november 2018.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Geerts, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Flora Wauters, die *loco* advocaat Wim Rasschaert verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jozef 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 een open aanbesteding uit voor het bouwen en uitbreiden van de gemeentelijke basisschool ‘Echo’ te Oudegem.

De verzoekende partij, de bvba Pyck Michael Algemene Bouwwerken en de nv Dero Construction dienen een offerte in.

Op 22 september 2014 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de bvba Pyck Michael Algemene Bouwwerken, die de laagste prijs biedt.

De verzoekende partij, die de tweede laagste offerte had ingediend, heeft deze beslissing bij de Raad van State aangevochten met een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing en navolgend ook met een vordering tot nietigverklaring. Deze vordering en het beroep werden afgewezen bij arresten nr. 229.677 van 22 december 2014 en nr. 233.380 van 5 januari 2016.

3.2. Op 9 mei 2016 wordt de gekozen inschrijver failliet verklaard door de rechtbank van koophandel Gent, afdeling Dendermonde, met als gevolg dat de uitvoering van de werken definitief wordt stopgezet.

Bij beslissing van 20 juni 2016 van het college van burgemeester en schepenen wordt de overeenkomst met de bvba Pyck Michael Algemene Bouwwerken verbroken.

Op 21 september 2016 gaat de gemeenteraad van de stad Dendermonde akkoord “om de aanvullende studieopdracht voor het verderzetten van de studie- en projectbegeleiding voor de opdracht ‘Stedelijke basisschool Echo Oudegem: uitbreiding’ te gunnen aan de initiële dienstverlener”.

3.3. Op 16 november 2016 beslist de verwerende partij om de opdracht tot voortzetting van de werken aan de gemeentelijke basisschool ‘Echo’ te gunnen met een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking met toepassing van artikel 26, § 1, 1°, c, van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016).

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.4. Op 5 december 2016 beslist het college van burgemeester en schepenen om zes aannemers uit te nodigen om deel te nemen aan de gunningsprocedure. De verzoekende partij wordt niet uitgenodigd om deel te nemen aan de nieuwe gunningsprocedure.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

3.5. Op 27 maart 2017 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de enige inschrijver, dit is de nv Bouwwerken De Raedt Ivan. Met een brief van 23 juni 2017, na de goedkeuring van het gunningsdossier van AGION te hebben afgewacht – wordt hem deze beslissing ter kennis gebracht.

Dit is de derde bestreden beslissing.

3.6. De verzoekende partij stuurt de verwerende partij een aangetekende brief op 3 augustus 2017 met de volgende inhoud:

“We kregen te horen dat de opdracht na falen aannemer Pycke klaarblijkelijk werd toegewezen na een procedure zonder bekendmaking. Gelieve ons te willen informeren op welke wettelijke basis dit gebaseerd is.

Tevens verzoeken wij u ons te willen mededelen waarom dan VMG De Cock niet gevraagd werd ten einde een offerte in te dienen, wetende dat VMG De Cock wel degelijk had deelgenomen aan de oorspronkelijke open aanbesteding en zelfs de prijsofferte van Pycke als abnormaal laag had bestempeld en bij de open aanbesteding na Pycke de meest voordelige offerte indiende.”

De verwerende partij antwoordt bij brief van 11 september 2017 het volgende:

“Door het faillissement van de vorige aannemer diende er zo snel mogelijk een nieuwe aannemer aangesteld om de werken verder te zetten. De door de gefailleerde aannemer uitgevoerde werken takelen af door stilstand van de werf en blootstelling aan weer en wind. Bovendien heeft de school dringend nood aan de bijkomende lokalen en capaciteit. Daarom werd op basis van de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en latere wijzigingen, meer bepaald artikel 26, §1, 1° c (dwingende spoed als gevolg van gebeurtenissen die

voor de aanbestedende overheid onvoorzienbaar waren) de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking toegepast voor het aanstellen van een aannemer voor het verderzetten van de werken.

Het bestuur is vrij te bepalen welke aannemers aangeschreven worden binnen de onderhandelingsprocedure. Bovendien liet zaakvoerder Luc Waterschoot enige tijd geleden in een telefonisch onderhoud met het diensthoofd van de dienst gebouwen onrechtstreeks verstaan deze werken na het faillissement, wegens aansprakelijkheden, niet te willen overnemen.”

Bij brief van 6 oktober 2017 betwist de verzoekende partij “dat wij zouden laten uitschijnen hebben niet geïnteresseerd te zijn voor bedoelde aanneming” en vraagt zij de verwerende partij om de identiteit te willen meedelen van de aannemers die werden uitgenodigd om een offerte in te dienen.

Bij brief van 24 oktober 2017 bezorgt de verwerende partij de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 5 december 2016 – dit is de tweede bestreden beslissing – waarbij de lijst werd goedgekeurd van de ondernemingen die werden uitgenodigd om deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De verwerende partij werpt in de memorie van antwoord een exceptie van niet tijdigheid van het beroep op tegen de eerste bestreden beslissing. Zij meent dat de vordering, ingediend op 22 november 2017, te laat is ingesteld omdat de verzoekende partij “reeds *de facto* vanaf 12 september 2017 (daags na verzending van [haar] aangetekend schrijven dd. 11 september 2017) kennis [heeft] kunnen nemen van de eerste bestreden beslissing dd. 16 november 2016 en de daaraan ten grondslag liggende motieven”.

5. In de memorie van wederantwoord betwist de verzoekende partij dat de lezing van de inhoud van de brief van 11 september 2016 kan worden beschouwd als een kennisgeving of kennisname van de rechtshandeling. De verzoekende partij meent immers dat zij om de volgende redenen niet behoorlijk werd geïnformeerd: hoewel zij bij brieven van 3 augustus 2017 en van 6 oktober 2017 informatie over de betrokken opdracht aan de verwerende partij

heeft gevraagd, heeft deze slechts bij brief van 24 oktober 2016 aan de verzoekende partij een kopie overgemaakt van de beslissing van 5 december 2016 waarbij werd beslist om de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op te starten en waarin werd bepaald welke ondernemingen zouden worden uitgenodigd om deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure; in die beslissing was, bij de overwegingen, terug te vinden dat er op 16 november 2016 een beslissing zou zijn genomen door de gemeenteraad “betreffende de goedkeuring van de lastvoorwaarden, de raming en de gunningswijze van deze opdracht, met name de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking”. De verwerende partij gaf echter nog steeds geen kennis van de beslissing tot gunning, hoewel die al was genomen.

De verzoekende partij verklaart voorts dat zij dan ook zelf op eigen onderzoek is gegaan via haar raadsman “in de periode na 24.10.2017”. Tijdens dat onderzoek heeft zij kennis gekregen van de beslissing van 16 november 2016, die werd teruggevonden op de website van de verwerende partij. Zij meent dan ook dat haar verzoek tot nietigverklaring van die beslissing, ingediend bij verzoekschrift van 22 november 2017, binnen de 60 dagen na kennisname van de beslissing gebeurde en dan ook tijdig is.

“Het feit dat de verzoekster medio 2017 het gerucht had opgevangen dat de opdracht zou zijn toegewezen na een procedure zonder bekendmaking”, speelt volgens haar geen rol. Zij meent dat van haar niet kan worden verwacht dat zij een beroep tot vernietiging indient op grond van geruchten en dat het opvangen van geruchten niet als aanvangspunt van een verhaaltermijn kan gelden. Zij merkt hierbij op dat het plaatsen van de beslissing op de website geen kennisgeving of mogelijkheid tot kennisname vormt als bedoeld in artikel 23, § 1, van de wet van 17 juni 2013.

Voorts betoogt zij dat zij bovendien de beslissing van 16 november 2016 niet eerder diende aan te vechten, nu zij de onwettigheid ervan nog kan invoeren in haar beroep tegen de beslissingen van 5 december 2016 en van 27 maart 2017, zelfs indien zij deze beslissing niet tijdig zou hebben bestreden.

6. In haar laatste memorie wijst de verzoekende partij er op de eerste plaats op dat de verwerende partij de temporele onontvankelijkheid enkel heeft opgeworpen ten aanzien van de eerste bestreden beslissing.

Voorts herhaalt zij dat pas bij brief van 24 oktober 2017, “dus pas minder dan één maand voor het instellen van haar beroep” kennis heeft gekregen van de inhoud van de beslissing van 5 december 2016, en derhalve van de overwegingen en de motivering die aan de grond lagen van die beslissing.

Hoe dan ook, zo vervolgt zij, is haar vordering tot vernietiging van de eindbeslissing van 27 maart 2017 tijdig en kan zij in dat beroep ook nog onregelmatigheden van de voorbeslissingen aanvoeren; zij verwijst daarbij naar de leer van de complexe rechtshandeling en de Labonorm-rechtspraak.

Ter toelichting dat haar beroep tegen de eindbeslissing wel degelijk tijdig is, licht zij toe dat zij slechts door eigen onderzoek via haar raadsman kennis – dan nog op indirecte wijze – heeft gekregen van deze beslissing, zijnde de effectieve gunningsbeslissing, namelijk via kennisname van de publicatie op de website van de verwerende partij van de notulen van het college van burgemeester en schepenen aangaande de zitting van 9 oktober 2017, dit is dus sowieso minder dan zestig dagen voor het instellen van haar beroep. Zij merkt hierbij op dat in de notulen van het college van burgemeester en schepenen aangaande de zitting van 27 maart 2017 – zoals deze werden gepubliceerd op de website van de verwerende partij – niets terug te vinden is over de bespreking omtrent de gunning en de beslissing tot gunning van de opdracht in kwestie en dat in de eerste brief van de verwerende partij van 11 september 2017 ook niet werd vermeld of bevestigd dat de opdracht effectief gegund was geworden, laat staan wanneer dit zou zijn gebeurd en aan welke aannemer er zou zijn gegund.

Beoordeling

7. De verzoekende partij vecht drie beslissingen aan in dezelfde gunningsprocedure. Ongeacht het feit dat de verwerende partij slechts een exceptie opwerpt ten aanzien van de eerste bestreden beslissing, dient ambtshalve

ook de ontvankelijkheid *ratione temporis* te worden onderzocht van het beroep tegen de twee andere beslissingen.

Eén zaak is de ontvankelijkheid *ratione temporis* van het beroep dat zich rechtstreeks richt tegen die beslissingen; een andere betreft de mogelijkheid om, niettegenstaande er eventueel geen dergelijk beroep tegen is ingesteld, toch nog op ontvankelijke wijze de onregelmatigheden die aan de niet tijdig aangevochten voorbeslissingen zouden kleven in te roepen in het kader van een beroep tegen de eindbeslissing inzake de gunningsprocedure, voor zover dat beroep wél tijdig is ingesteld.

8. Overeenkomstig artikel 23, §§ 1 en 2, 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’, geldt dat het beroep tot nietigverklaring, “op straffe van niet-ontvankelijkheid”, moet worden ingediend binnen een termijn van zestig dagen “vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling, al naargelang”.

Er mag worden aangenomen dat te dezen de bestreden beslissingen niet dienden te worden bekendgemaakt, dan wel aan de verzoekende partijen ter kennis gebracht, zodat hier rekening moet worden gehouden met de feitelijke kennisname van de bestreden beslissingen door de verzoekende partij. De verzoekende partij heeft niet deelgenomen aan de gunningsprocedure, zij werd daartoe ook niet uitgenodigd, wat te dezen juist de hoofdgrief uitmaakt van de verzoekende partij, zodat de beroepstermijn van zestig dagen ingaat met de dag waarop de verzoekende partij van de bestreden beslissingen kennis heeft gehad of geacht moet worden er kennis van te hebben gehad.

Teneinde te voorkomen dat de gelding van een administratieve beslissing te lang onzeker blijft, en gelet op noodzaak van een evenwichtige bescherming van de belangen én van de overheid van wie ze uitgaat én van andere belanghebbende personen, wordt van degene die meent te worden benadeeld door een beslissing en die het bestaan van die beslissing moet

vermoeden, verwacht om binnen een redelijke termijn gebruik te maken van de hem ter beschikking staande middelen om kennis te nemen van de inhoud ervan.

Het mag niet in de macht van een potentiële verzoekende partij liggen, wanneer zij in de mogelijkheid is om kennis te nemen van een bestuurs-handeling die zij eventueel met een schorsings- of annulatieberoep wenst te bestrijden, die kennisneming voor onbepaalde tijd uit te stellen en daardoor de aanvangsdatum van de termijn van beroep willekeurig te verschuiven, zodat de rechtsgeldigheid en het voortbestaan van de bedoelde bestuurshandeling buiten weten, zowel van de overheid van wie zij uitgaat, als van alle andere belanghebbenden, in het ongewisse worden gehouden, met alle nadelige gevolgen van dien.

9. Te dezen blijkt uit de eerste brief van de verzoekende partij aan de verwerende partij van 3 augustus 2017 – hiervoor bij het feitenrelaas volledig geciteerd – dat zij al op de hoogte was, niet alleen van de “faling [van] aannemer Pycke” en dat daarna “een procedure zonder bekendmaking” werd opgestart, waarbij zij “niet gevraagd werd” maar ook dat deze “klaarblijkelijk werd toegewezen”. Hieruit mag worden afgeleid dat zij dan al op de hoogte was dat voor de voortzetting van de werken – na de faling van de aanvankelijk gekozen inschrijver – werd gekozen voor een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, dat zij daarvoor niet werd uitgenodigd en dat de opdracht “klaarblijkelijk” opnieuw werd gegund; zij heeft echter meer dan een jaar na de faling van de vorige aannemer en de stopzetting van de werken, feiten die haar niet onbekend kunnen zijn geweest, gewacht om zich hierover voor de eerste keer nader bij de verwerende partij te informeren.

Dat zij niet behoorlijk zou zijn geïnformeerd door het antwoord van de verwerende partij op haar brieven van 3 augustus en 6 oktober 2017, en haar slechts bij brief van 24 oktober 2017 de beslissing van 5 december 2016, waarbij de lijst van aan te schrijven ondernemingen voor de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking werd vastgelegd, zou zijn bezorgd, doet geen afbreuk aan de voorgaande vaststellingen. Zoals hiervoor reeds vastgesteld, blijkt uit de feiten dat de verzoekende partij reeds geruime tijd op de hoogte was van het bestaan, de draagwijdte en de aard van de voor haar grievende beslissing,

namelijk dat zij niet werd uitgenodigd voor de nieuwe opgestarte onderhandelingsprocedure, en ook dat de opdracht “klaarblijkelijk werd toegewezen”. De verwerende partij ontkent dit niet in haar brief van 12 september 2017 en bevestigt dat zo snel mogelijk een nieuwe aannemer diende te worden aangesteld, reden waarom toepassing werd gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Zij bevestigt ook dat de verzoekende partij daarbij niet werd aangeschreven, omdat zij ervan uitging dat de verzoekende partij niet (meer) geïnteresseerd was. Bijgevolg kan worden aangenomen dat de verzoekende partij minstens reeds sinds 3 augustus 2017 op de hoogte was van het bestaan, de aard en de draagwijdte van de bestreden beslissingen, wat volstaat opdat de beroepstermijn bij feitelijke kennisname begint te lopen.

Uit de voorgaande bespreking is gebleken dat de verzoekende partij niet met de vereiste diligentie heeft gehandeld en zij reeds meer dan 60 dagen voor het indienen van haar beroep, moet worden geacht een voldoende kennis te hebben gehad van het bestaan, de aard en de draagwijdte van de bestreden beslissingen zodat zij niet meer op ontvankelijke wijze een annulatieberoep mag instellen tegen de bestreden beslissingen.

Deze vaststelling volstaat om het beroep af te wijzen, zonder dat nog moet worden ingegaan op de overige excepties en de gegrondheid van de middelen.

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 13 december 2018, 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