

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 244.276 van 25 april 2019
in de zaak A. 221.718/XII-8344**

In zake: de BVBA AANNEMINGSBEDRIJF NORRE-BEHAEGEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jo Goethals
kantoor houdend te 8800 Roeselare
Kwadestraat 151B/41
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo en Stijn Maeyaert
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 15 maart 2017, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 23 december 2016 van de Afdeling Wegen en Verkeer Vlaams-Brabant van het Agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse gewest waarbij de overheidsopdracht voor aanneming van werken X21/N223/10 met betrekking tot SME overlaging-Binkom (Lubbeek – Tienen) wordt gegund aan de nv Grizaco.

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 Inge Vos 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 26 maart 2018.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jo Goethals, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Nicolas Goethals, die *loco* advocaten Frank Judo en Stijn Maeyaert verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos heeft een 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 de aanneming van werken uit met als voorwerp de SME-overlaging van de gewestweg N223 (Lubbeek-Tienen).

De opdracht wordt gegund met een open aanbesteding.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 16 augustus 2016.

In de aankondiging wordt er uitdrukkelijk op gewezen dat de uitsluitingsgronden van de artikelen 61 tot 66 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ van toepassing zijn.

3.2. De opening der inschrijvingen vindt plaats op 22 augustus 2016. Er worden zes offertes ingediend:

Naam	Inschrijvingsbedrag (btw inbegrepen)
Belasco nv	242.997,46 euro
Norré-Behaegel bvba	289.707,28 euro
Deckx Algemene Ondernemingen nv	289.206,20 euro
Grizaco nv	216.934,25 euro
Hoogmartens Wegenbouw nv	231.801,33
Aswebo nv	244.961,84

3.3. In het gunningsverslag van 15 december 2016 wordt voorgesteld om de verzoekende partij uit te sluiten omwille van ernstige twijfels inzake de goede uitvoering van de overheidsopdracht en om de opdracht te gunnen aan de laagste regelmatige inschrijver, namelijk de nv Grizano.

3.4. Op 23 december 2016 beslist de verwerende partij om de opdracht overeenkomstig het gunningsverslag te gunnen aan de nv Grizano.

Met een aangetekend schrijven en e-mailbericht van 13 januari 2017 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat zij voor deze opdracht werd uitgesloten.

IV. Verzoek tot vertrouwelijke behandeling van bepaalde stukken

4.1. Beide partijen vragen om de vertrouwelijke behandeling van bepaalde door hen neergelegde stukken.

4.2. In de huidige stand van het geding stemt de Raad met toepassing van artikel 26 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ in met het verzoek tot vertrouwelijke behandeling van deze stukken. De partijen voeren hieromtrent overigens geen betwisting. De Raad mag deze stukken in zijn beoordeling betrekken.

In de mate dat bij het feitenrelaas en bij de bespreking van de grond van de zaak stukken ter sprake komen die door de partijen als vertrouwelijk worden bestempeld, wordt enkel de inhoud ervan weergegeven zoals de partijen deze in hun procedurestukken vermelden en waarbij zij dus in die mate zelf de door hen ingeroepen vertrouwelijkheid van de bedoelde stukken hebben gelicht.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

6.1. Anticipatief voert de verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift aan dat “[h]oewel de verzoekende partij te dezen niet de laagste inschrijver was en dus niet in aanmerking kon komen voor een gunning [...] zij wel belang [heeft] bij onderhavige vordering”. De uitsluiting van de verzoekende partij wegens ernstige fout veroorzaakt haar een direct persoonlijk nadeel. Het wegzetten als “onbetrouwbaar” betekent voor haar een smet; alle andere inschrijvers zijn op de hoogte gesteld van deze beslissing. De bestreden beslissing kadert in een beleid van de verwerende partij om de verzoekende partij elke opdracht te ontzeggen en haar met een standaardredengeving te sanctioneren. “Deze systematische weigering brengt de reputatie van de verzoekende partij ernstige schade toe” en, zo vervolgt de verzoekende partij, de “morele schade is dan ook amper te overzien”. Zij besluit: “Het nadeel dat is ontstaan door het bestreden besluit, met name het weggezet worden als onbekwaam, wordt door de vernietiging van de bestreden beslissing ongedaan gemaakt”.

6.2. In haar memorie van antwoord werpt de verwerende partij als exceptie op dat de verzoekende partij niet beschikt over het rechtens vereiste belang. De verzoekende partij heeft immers niet de laagste offerte ingediend. “De verwerende partij had de opdracht bijgevolg hoe dan ook niet gegund aan de verzoekende partij, zelfs al zou deze *per impossibile* niet zijn uitgesloten”. “[E]n uitgesloten inschrijver die hoe dan ook niet in aanmerking kwam voor de gunning, zoals *in casu* het geval is voor de verzoekende partij, [doet] ook niet [...] blijken van een belang bij de vordering tot nietigverklaring van de gunningsbeslissing”. De verzoekende partij toont ook niet aan dat de opdracht aan geen enkele inschrijver mocht worden gegund.

De verwerende partij erkent voorts de morele schade en dito belang van de verzoekende partij niet.

Ten slotte merkt zij op dat, indien het moreel belang zou worden aanvaard, dit enkel de uitsluiting kan betreffen, doch dat de verzoekende partij hier uitsluitend de gunningsbeslissing aanvecht.

6.3. In haar memorie van wederantwoord merkt de verzoekende partij op dat zij wel degelijk over een moreel belang beschikt niettegenstaande de overeenkomst is gesloten. Dat de gunningsbeslissing aldus zou worden vernietigd maar de verzoekende partij geen kans meer maakt om de opdracht gegund te zien, tast volgens de verzoekende partij haar belang niet aan.

7.1. In het auditorsverslag wordt ambshalve de ontvankelijkheid *ratione temporis* van het annulatieberoep onderzocht en wordt besloten dat het niet tijdig is ingesteld.

Er wordt immers vastgesteld dat artikel 23, §§ 1 en 2, *juncto* artikel 33, 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’ (hierna: de wet van 17 juni 2013), in de versie

zoals van toepassing op onderhavige procedure, op generieke wijze de datum van de kennisgeving en dus niet de kennisname als uitgangspunt van de termijn bepaalt. Dit is in tegenstelling tot wat geldt voor de proceduretermijnen vermeld in artikel 4, § 2, eerste lid, van het algemeen procedurereglement voor de Raad van State waar in geval van aangetekende zending met ontvangstbewijs, de datum van ontvangst van het aangetekend schrijven als uitgangspunt van de termijn geldt en men de termijn begint te tellen vanaf de daaropvolgende dag.

Uit de stukken zoals toegevoegd aan het administratief dossier blijkt dat te dezen de kennisgeving zowel per aangetekende zending als per e-mailbericht is verzonden op 13 januari 2017. De motieven voor de beslissing tot uitsluiting werden bij de kennisgeving gevoegd en de kennisgeving vermeldt tevens de verhaalmogelijkheden, termijnen en bevoegde verhaalinstantie. Het inleidend verzoekschrift blijkt vervolgens evenwel pas elektronisch te zijn ingediend op 15 maart 2017. In het auditorsverslag wordt dan ook besloten dat de vordering niet tijdig is ingesteld.

7.2. In haar laatste memorie blijft de verzoekende partij erbij dat in ieder geval de termijn maar begint te lopen nadat zij kennis kon hebben genomen van de bestreden beslissing en dat “desnoods” een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof dient te worden voorgelegd. De verzoekende partij bekritiseert de verschillende behandeling in de gemeenrechtelijke termijnregeling, zoals opgenomen in het algemeen procedurereglement, en de bijzondere termijnregeling in het overheidsopdrachtencontentieux, zoals opgenomen in de wet van 17 juni 2013. In het ene geval zou de beroepstermijn pas beginnen lopen vanaf de dag na ontvangst van de bestreden beslissing; in het andere geval gaat de termijn reeds in met de kennisgeving. Volgens de verzoekende partij zou hierdoor geen garantie bestaan dat een rechtsonderhorige over de volledige beroepstermijn van zestig dagen beschikt. Met verwijzing naar het arrest nr. 166/2005 van 16 november 2005 van het Grondwettelijk Hof meent de verzoekende partij dat over dit verschil in behandeling een prejudiciële vraag moet worden gesteld aan het Grondwettelijk Hof.

Beoordeling

8. Overeenkomstig artikel 26, § 2, van de Bijzondere Wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof is de Raad van State niet gehouden om een prejudiciële vraag te stellen wanneer de zaak niet door de Raad kan worden behandeld om redenen van onbevoegdheid of niet-ontvankelijkheid, tenzij wanneer die redenen ontleend zijn aan normen die zelf het onderwerp uitmaken van het verzoek tot het stellen van de prejudiciële vraag.

Ten dezen is het passend, vooraleer de ambtshalve exceptie te beoordelen, in te gaan op het advies van het auditoraat ter terechtzitting gegeven om het debat te heropenen teneinde de exceptie van de verwerende partij opgeworpen in haar memorie van antwoord te onderzoeken in een aanvullend auditoraatsverslag. De partijen wordt de gelegenheid gegeven hierop te reageren met een laatste memorie.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent het debat.

2. Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt belast met een aanvullend onderzoek waarna de partijen de gelegenheid wordt geboden een laatste memorie in te dienen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 25 april 2019,
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