

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 246.926 van 30 januari 2020
in de zaak A. 229.851/XII-8853**

In zake: de NV EUROFIBER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2600 Berchem
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV VLAAMSE RADIO- EN TELEVISIEOMROEP
ORGANISATIE (VRT)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bob Martens
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 27 december 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van ongekende datum van de Vlaamse Radio- en Televisie-omroeporganisatie (‘VRT’), waarnaar wordt verwezen in het schrijven van 24 december 2019 van de raadsman van de [nv] VRT, om de opdracht met als voorwerp het aanbieden van dark fiber en DWDM, waarvoor [de nv Eurofiber] op 4 december 2019 een laatste offerte indiende, te gunnen aan [de nv Telenet] en niet aan [haar].”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 16 januari 2020, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Bob Martens en Linus Hoet, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest een andersluidend 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 nv VRT licht in haar nota toe dat zij een kostenoptimalisatie wenste door te voeren met betrekking tot de huur in Vlaanderen en Brussel van 1500 km aan dark fiber-kabels – infrastructuur die zij nodig heeft om data over lange afstand te verzenden. Zij wenste meer bepaald de bestaande 26 contracten met zeven aanbieders naar één contract te brengen.

Zij nodigt daartoe twee aanbieders, de nv Eurofiber, dit is de verzoekende partij, en de nv Telenet, voor besprekingen uit, vermits deze volgens haar de enige aanbieders zijn met een voldoende groot dark fiber netwerk binnen het doelgebied.

3.2. De nv VRT besluit “na verscheidene besprekingen en een interne technische analyse om de bestaande contracten te centraliseren door enkel nog gebruik te maken van de dark fiber infrastructuur van Telenet”.

3.3. In een brief van 19 december 2019 verzoeken de raadsleden van de verzoekende partij aan de nv VRT om haar een afschrift van een gunningsbeslissing te bezorgen, verwijzende naar onder andere artikel 4 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’ (hierna: wet van 17 juni 2013) en artikel 11 van de voormelde wet, dat een wachttermijn van vijftien dagen voorschrijft die ingaat vanaf de mededeling van de gemotiveerde beslissing aan de betrokken inschrijvers.

In een brief van 24 december 2019 antwoordt de nv VRT aan de verzoekende partij dat de wetgeving inzake overheidsopdrachten geenszins van toepassing is op de betrokken besprekingen inzake de centralisatie van de huur van dark fiber, en dat met een andere partij tot contractsluiting werd overgegaan.

IV. Ontvankelijkheid – belang

4. In een “eerste” en enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), van de artikelen 4, 28, § 1 en 81 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), evenals van het transparantiebeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij betoogt in een eerste onderdeel dat er geen enkele motivering voorhanden is waaruit blijkt om welke redenen de offerte van de gekozen inschrijver beter was dan haar offerte en hoe de verwerende partij deze heeft beoordeeld, zodat “niet vaststaat dat de opdracht is gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte”.

Voorts betoogt de verzoekende partij in een tweede onderdeel dat de verwerende partij “middels schrijven van 24 december 2019 plots voorhield dat de door haar in mededinging gestelde opdracht buiten het toepassingsgebied van de Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten zou vallen en dit onder verwijzing naar artikel 28 § 1, 1° van de Wet van 17 juni 2017 inzake overheidsopdrachten nu het voorwerp van de opdracht betrekking zou hebben op diensten betreffende de huur van goederen”.

5. De verwerende partij betwist het belang bij het middel. Zij betoogt dat de verzoekende partij “met zekerheid moet geweten hebben dat de sluiting van het contract buiten het toepassingsgebied van de Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten” werd onderhandeld. De verwerende partij wijst erop dat zij op geen enkele wijze in haar correspondentie met de verzoekende partij heeft laten blijken dat de voormelde wetgeving toepassing vond op de verkennende gesprekken alsmede op de verdere besprekingen die zij met de verzoekende partij heeft gevoerd. Dit blijkt volgens de verwerende partij duidelijk uit het gegeven dat geen aankondiging van een overheidsopdracht werd gepubliceerd, geen selectieprocedure werd gevolgd, geen selectiebeslissing werd opgemaakt, geen gunningsleidraad werd verdeeld, geen gunningscriteria werden opgemaakt, en niet in een bijbehorend bestek werd voorzien. Bovendien werden in het verleden met de verzoekende partij verscheidene gelijkaardige contracten gesloten, steeds na een gelijkaardige informele handelwijze, zoals blijkt uit de bijgevoegde stukken. Voorts heeft de verzoekende partij tijdens de besprekingen met de verwerende partij nooit enig bezwaar gemaakt tegen de wijze waarop deze werden gevoerd. De verzoekende partij heeft noch bij de aanvang, noch tijdens deze besprekingen enige vraag gesteld of de wetgeving inzake overheidsopdrachten werd gevolgd, of diende te worden gevolgd. Na te hebben verwezen naar het arrest nr. 214.525 van 8 juli 2011 inzake nv De Plukvogel, betoogt de verwerende partij dat de verzoekende partij heeft deelgenomen aan de precontractuele besprekingen zonder ooit haar beklag te hebben gedaan of te vragen welke beoordelingswijze de verwerende partij zou aanwenden om te bepalen of zij al dan niet met de verzoekende partij of met een andere aanbieder een contract zou sluiten. Door de voormelde kritieken voor het eerst te formuleren in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid voor de Raad van State, geeft de verzoekende partij volgens de verwerende partij geen blijk van de zorgvuldigheid die mag worden

verwacht van een partij wanneer zij deelneemt aan onderhandelingen die zij zelf als een bestuurlijk beslissingsproces beschouwt. Op die wijze ontkent zij zichzelf het recht om de onregelmatigheid van het gehele beslissingsproces als middel aan te voeren, zodat het enig middel niet onvankelijk is.

6. Ter terechtzitting repliceert de verzoekende partij dat zij ervan mocht uitgaan dat de verwerende partij, onmiskenbaar een administratieve en aanbestedende overheid, de wetgeving inzake overheidsopdrachten zou naleven, en dat het te dezen niet was uitgesloten dat de verwerende partij zich beriep op één van de gevallen waar een onderhandelingsprocedure is toegelaten. Alleszins heeft zij recht op een gemotiveerde beslissing waaruit blijkt waarom haar offerte niet is gekozen en die van de nv Telenet wel. Het feit dat zij heeft deelgenomen aan de procedure en offertes heeft ingediend, doet hieraan geen afbreuk.

Voorts is het arrest nr. 214.525 van 8 juli 2011 waarnaar de verwerende partij verwijst niet relevant, vermits het te dezen niet gaat om het nalaten om opmerkingen te formuleren over het ontbreken van beoordelingscriteria, maar om de afwezigheid van enige motivering om de opdracht te gunnen aan een andere inschrijver dan de verzoekende partij. Ook is in de opdrachtdocumenten geen meldingsplicht te lezen voor onwettigheden in deze documenten. Bovendien dient de rechtspraak waar de verwerende partij naar verwijst ernstig gerelativeerd te worden sinds het arrest nr. 243.095 van 30 november 2018 inzake nv Deckx.

De verzoekende partij wijst er voorts op dat niet de onregelmatigheid van het gehele beslissingsproces wordt aangevoerd, maar dat het middel enkel betrekking heeft op het gebrek aan motivering. De verwerende partij legt niet uit waarom de verzoekende partij geen belang zou hebben bij haar kritiek inzake de afwezigheid van enige motivering. Ten slotte betoogt de verzoekende partij dat zij, ook al zou mogen worden gesteld dat zij “akkoord” is gegaan met het verloop van de gunningsprocedure, zij zich hoe dan ook nog kan beroepen op wettigheidskritieken die zijn gekoppeld aan de wetgeving overheidsopdrachten, aangezien deze wetgeving van openbare orde is.

Beoordeling

7. Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de verzoekende partij door de verwerende partij werd gecontacteerd om besprekingen te voeren en een offerte in te dienen met het oog op het sluiten van een contract voor de huur van Dark Fiber en daaraan gekoppeld DWDM (Dense Wavelength Division Multiplexing). De bewering van de verzoekende partij dat zij pas met het schrijven van 24 december 2019 van de verwerende partij kennis heeft gekregen van het feit dat het niet ging om een onderhandelingsprocedure in het kader van de wet overheidsopdrachten 2016, is op het eerste gezicht niet aannemelijk. Immers, uit de stukken neergelegd door de verwerende partij blijkt dat de verzoekende partij zelf in het recente verleden verscheidene gelijkaardige contracten met de verwerende partij heeft gesloten, waarbij evenmin toepassing werd gemaakt van de wet overheidsopdrachten 2016. Voorts verduidelijkt de verzoekende partij niet van welk toepassingsgeval waar onderhandelingen zonder bekendmaking zijn toegelaten zij dan wel dacht dat de verwerende partij te dezen toepassing zou hebben gemaakt. Zoals de verwerende partij betoogt, hierin niet tegengesproken door de verzoekende partij, werd er te dezen geen aankondiging van een overheidsopdracht bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en/of in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie. Artikel 42, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt dat overheidsopdrachten enkel mogen worden geplaatst bij onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking in de daarin opgesomde gevallen. Op het eerste gezicht blijkt niet, en de verzoekende partij beweert ook niet, dat het te dezen zou gaan om een van deze gevallen waarin een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking mogelijk zou zijn. Van de verzoekende partij mag worden aangenomen dat zij van deze regelgeving op de hoogte is en dus moest weten dat het te dezen niet ging om onderhandelingen in het kader van de wet overheidsopdrachten 2016. Er blijkt daarenboven evenmin dat een bijzonder bestek werd opgemaakt, maar dat de door de onderhandelende partijen aangeboden “algemene voorwaarden” op het contract van toepassing zijn. Uit de neergelegde stukken blijkt voorts op het eerste gezicht evenmin dat de verzoekende partij aan de verwerende partij vragen zou hebben gesteld met betrekking tot de gevolgde werkwijze, waarvan zij gelet op het voorgaande, redelijkerwijze op de hoogte

moest zijn geweest dat deze niet verliep met toepassing van de wet overheidsopdrachten 2016, en dat zij zich daartegen niet heeft verzet.

Door de voormelde kritieken inzake de toepasselijkheid van de regelgeving voor overheidsopdrachten voor het eerst aan te voeren in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid voor de Raad van State, die, zo lijkt, erop is gericht het contract zelf in de wacht te slepen, geeft de verzoekende partij geen blijk van de vereiste zorgvuldigheid en diligentie of van het behoorlijk burgerschap die mogen worden verwacht van een partij wanneer zij deelneemt aan onderhandelingen die zij zelf als een bestuurlijk beslissingsproces beschouwt. Op deze wijze ontkent zij zichzelf het recht om, hetgeen zij lijkt te doen in haar enig middel, de onregelmatigheid van het gehele beslissingsproces aan te voeren.

8. Ten slotte heeft de verzoekende partij kritiek op het gebrek aan motivering van de beslissing van de verwerende partij om het contract te sluiten met de nv Telenet en niet met haar. Die kritiek lijkt op het eerste gezicht onlosmakelijk samen te hangen met de niet naleving van de regelgeving inzake overheidsopdrachten. De verzoekende partij stelt immers dat zij daardoor niet kon uitmaken of “de opdracht is gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte”. Overigens mag worden opgemerkt dat de verzoekende partij zich te dezen beroept op de wet van 17 juni 2013 aangezien zij geen uiterst dringende noodzakelijkheid inroept, wat lijkt in te houden dat zij de schending van de motiveringswet slechts nuttig in het kader van de wet van 17 juni 2013 lijkt te mogen inroepen. De vraag naar de concrete naleving van de motiveringsplicht vervat in de wet van 17 juni 2013 lijkt evenwel pas aan de orde te komen wanneer de verzoekende partij doet blijken van het vereiste belang om in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid de door de verwerende partij gevolgde handelwijze nog te betwisten om ook buiten de toepassing van de wetgeving inzake overheidsopdrachten het litigieuze contract te sluiten. Zulks is, zoals op het eerste gezicht blijkt uit wat voorafgaat, te dezen niet het geval.

9. De exceptie van niet-ontvankelijkheid wordt bijgevalen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt 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, een bijdrage van 20 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van dertig januari tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Johan Bovin