RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 252.947 van 10 februari 2022
in de zaak A. 235.468/XII-9180

In zake: de BV CO3-DEVELOPMENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Ive Van Giel en Valère Vereecke
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Cockerillkaai 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE MAATSCHAPPIJ VOOR SOCIAAL WONEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Fien D'Haenens
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Cogels Osylei 61
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 17 januari 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[h]et besluit van 16 november 2021 van de raad van bestuur van de Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Wonen (VMSW) betreffende de rangschikking onder voorbehoud aangepaste maximum grondprijs".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 februari 2022, om 14.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ive Van Giel, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Dirk Van Heuven, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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 Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Wonen (VMSW) schrijft een overheidsopdracht uit voor werken inzake de jaarlijkse terugkerende oproep ‘Constructieve Benadering Overheidsopdrachten’ (CBO). De plaatsingswijze voor deze CBO-procedure is de mededingingsprocedure met onderhandeling.

Via de CBO-procedure, vervat in het bestek CBO2020, stelt de VMSW private ontwikkelaars aan die sociale woningen ontwerpen en bouwen op gronden die zij vervolgens aan een sociale huisvestingsmaatschappij (SHM) verkopen. De CBO-procedure bestaat uit drie fasen. In fases 1 en 2 is de VMSW de aanbestedende overheid. In fase 3 is dit de SHM.

De procedure verloopt in essentie als volgt:

Fase 1 is de selectiefase. In deze fase oordeelt de VMSW of de ingediende offertes aan de selectiecriteria voldoen en of de voorgestelde projectgrond aan de intrinsieke kwaliteiten voldoet.

Fase 2 is de gunningsfase. De geselecteerde inschrijver wordt uitgenodigd om deel te nemen aan de tweede fase. In deze fase dient de inschrijver een offerte in met een voorontwerp en de bijhorende prijsbepaling. De ingediende projecten worden vervolgens door de VMSW beoordeeld aan de hand van enkele gunningscriteria en gerangschikt.

Fase 3 is de onderhandelingsfase tussen de inschrijver en de SHM. De onderhandelingen gaan onder meer over de timing, de stappen die nodig zijn om een financiering te verkrijgen en de uitvoering. Ze resulteren in een overeenkomst over het uitvoeringsdossier.

3.2. De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.3. De verzoekende partij neemt deel met een project voor de bouw van 19 huurwoningen in Antwerpen, Wittestraat 88-90.

3.4. Het project van de verzoekende partij wordt op 20 april 2020 geselecteerd. Zij wordt uitgenodigd om uiterlijk op 26 augustus 2021 een offerte in te dienen in het kader van fase 2.

3.5. Er ontstaat tussen de verzoekende partij en de VMSW een discussie omtrent de aanduiding van een landmeter-expert die de door de verzoekende partij bijgebrachte bouwgrond dient te schatten.

3.6. Op 16 november 2021 beslist de VMSW om het project van de verzoekende partij batig te rangschikken en toe te laten tot fase 3, op grond van de prijs voor de bouwgrond zoals die werd bepaald in het schattingsverslag van de landmeter-expert aangeduid door de SHM ABC en niet op grond van de prijs zoals die werd bepaald door de door de verzoekende partij aangeduide landmeter-expert.

Dit is de bestreden beslissing.

Met een aangetekende brief en een e-mailbericht van 17 november 2021 wordt de verzoekende partij hiervan in kennis gesteld.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

Exceptie

4. De verwerende partij werpt een exceptie van laattijdigheid op. Zij betoogt:

> "5. Geen tijdige vordering.
> Verzoekster vordert de schorsing bij UDN, samen met de nietigverklaring van de bestreden beslissing.
> Verzoekster verwijst daarbij naar art. 17 §§1 en 4 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State maar ook naar art. 15, eerste lid van de Rechtsbeschermingswet.
> Overeenkomstig art. 23 § 3 Rechtsbeschermingswet moet een verzoek tot schorsing bij UDN ingesteld worden binnen de 15 kalenderdagen na kennisgave van de bestreden beslissing.
> De bestreden beslissing werd ter kennis gebracht aan verzoekster op 17 november 2021 en verwijst naar het feit dat een wachttermijn gerespecteerd zal worden. Dit betekent dat de termijn om een vordering tot schorsing bij UDN [in te dienen] uiterlijk op 2 december 2021 afliep. De vordering tot schorsing bij UDN is dan ook *ratione temporis* onontvankelijk."

Beoordeling

5. Overeenkomstig artikel 23, §§ 1 en 3, 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: rechtsbeschermingswet) wordt de in artikel 15 van die wet bedoelde vordering tot schorsing van een beslissing van een aanbestedende instantie ingediend binnen een termijn van vijftien dagen vanaf de mededeling ervan.

Artikel 7/1 van de rechtsbeschermingswet luidt:

> “Art. 7/1. In geval van een opdracht geplaatst via een mededingingsprocedure met onderhandeling, een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, een onderhandelingsprocedure met of zonder voorafgaande oproep tot mededinging, een concurrentiegerichte dialoog of innovatiepartnerschap, deelt de aanbestedende instantie, op verzoek van elke inschrijver die een regelmatige offerte heeft ingediend of van elke deelnemer die een oplossing heeft voorgesteld, de informatie mee betreffende, al naargelang, het verloop en de voortgang van de onderhandelingen of van de dialoog met de inschrijvers of deelnemers, en dit zo spoedig mogelijk en uiterlijk vijftien dagen na ontvangst van het schriftelijke verzoek daartoe van de betrokken inschrijver of deelnemer.”

Artikel 9/1 van de rechtsbeschermingswet luidt:

> “Art. 9/1. § 1. De aanbestedende instantie doet onmiddellijk de in de artikelen 7, 8 en 9 bedoelde mededelingen per fax, per e-mail of via de elektronische platformen bedoeld in artikel 14, § 7, van de wet inzake overheidsopdrachten of de elektronische communicatiemiddelen bedoeld in artikel 32 van de wet betreffende de concessies en, dezelfde dag, per aangetekende zending.
> § 2. De in paragraaf 1 bedoelde mededelingen bevatten de rechtsmiddelen, de termijnen ervan en de bevoegde instanties en dit minstens via een uitdrukkelijke verwijzing naar de artikelen 14, 15, 23 en 24.
> Indien deze gegevens ontbreken, neemt de in artikel 23, § 2, bedoelde termijn voor het instellen van het verhaal tot vernietiging, een aanvang vier maanden nadat de gemotiveerde beslissing is meegedeeld.”

6. In de eerste plaats merkt de Raad van State op dat het te dezen gaat om een mededingingsprocedure met onderhandeling, die nog niet is gefinaliseerd. Immers, de bestreden beslissing betreft slechts fase 2 en de eigenlijke onderhandelingsfase – fase 3 – dient nog te worden aangevat. In fase 2 – de gunningsfase – worden de offertes beoordeeld door een jury aan de hand van de gunningscriteria, die een rangschikking opmaakt waarover de raad van bestuur van de VMSW beslist. Het is deze beslissing van de VMSW die wordt bestreden. Overigens rijst de vraag in hoeverre een gunningsbeslissing in fase 2 – de

gunningsfase – definitief is, aangezien de verwerende partij in haar nota (bladzijde 7) beweert dat “de schatting op basis waarvan de gunning van verzoekster gebeurde, niet bindend is”.

In beginsel zou aldus kunnen worden geargumenteerd dat artikel 7/1 van de rechtsbeschermingswet van toepassing is op de voorliggende beslissing in de mate dat de onderhandelingsprocedure niet is gefinaliseerd, meer zelfs, er geen definitieve gunningsbeslissing zou zijn, en lijkt artikel 9/1 dan ook niet van toepassing te zijn. In die optiek zou kunnen worden voorgehouden dat de vordering ingesteld ruim meer dan vijftien dagen na de mededeling van de bestreden beslissing, laattijdig is.

Onder meer vanuit overwegingen inzake rechtsbescherming neemt de Raad echter voorshands aan dat de bestreden beslissing toch mag worden aanzien als een gemotiveerde gunningsbeslissing zoals bedoeld in artikel 8 van de rechtsbeschermingswet – beslissing waarop artikel 9/1 wel van toepassing is – onder meer omdat de VMSW volgens de besteksbepalingen haar beslissing heeft genomen in het kader van de gunningsfase en de rol van de VMSW als actor in de procedure – en misschien ook de rechtsmacht van de Raad aangezien, zo lijkt, een SHM in de regel geen administratieve overheid is in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State – vanaf dan lijkt beëindigd. Hierbij mag overigens worden opgemerkt dat noch in de procedurestukken, noch ter terechtzitting, debat is gevoerd over dit aspect van de problematiek zodat vooralsnog ook vanuit die context de Raad aanneemt dat de bestreden beslissing een definitieve gunningsbeslissing betreft.

7. Ter terechtzitting wijst de verzoekende partij op artikel 9/1 van de rechtsbeschermingswet. Zij betwist niet dat zij de bestreden beslissing zowel met een e-mailbericht als met een aangetekende brief heeft ontvangen en dat zij haar vordering buiten de termijn van vijftien dagen te rekenen van de mededeling heeft ingediend, doch zij wijst erop dat de vermelding inzake de beroepsmogelijkheden, die door artikel 9/1, § 2, eerste lid, is opgelegd, ontbrak.

Uit dit ontbreken vloeit volgens de verzoekende partij voort dat haar vordering tijdig is. Immers, weliswaar is artikel 9/1, § 2, tweede lid, van deze wet enkel van toepassing op vernietigingsberoepen doch, zo de beroepsmogelijkheden niet zijn vermeld, is volgens haar de termijn van vijftien dagen om een schorsingsvordering in te stellen, niet van toepassing. Minstens, zo betoogt zij, is artikel 9/1, § 2, tweede lid, ongrondwettig aangezien het een discriminerend onderscheid maakt tussen burgers die een vernietigingsberoep dan wel een schorsingsvordering indienen.

8. De verzoekende partij kan niet worden bijgevallen om de volgende redenen.

De wetgever heeft blijkbaar bewust geopteerd om slechts inzake vernietigingsberoepen bij het niet-vermelden van de beroepsmogelijkheden in een bijzondere termijnregeling te voorzien. Dit blijkt genoegzaam uit het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State bij het voorontwerp van wet en de memorie van toelichting bij het ontwerp van wet die hebben geleid tot de rechtsbeschermingswet.

In het advies van de afdeling Wetgeving (*Parl.St.* Kamer 2016-2017, 2168/001, p. 90) wordt vermeld:

> "Op de vraag of het ontbreken van gegevens in de zin van het ontworpen artikel 9/1, § 2, tweede lid, van de wet, gevolgen kan hebben voor de aanvang van andere termijnen die in artikel 23 van de wet worden vermeld dan die van artikel 23, § 2, […] antwoordde de gemachtigde:
> 'La possibilité d'attacher une sanction au non-respect de cette obligation de communication en distinguant chaque recours (suspension, annulation, dommages et intérêts, ...) a été examinée.
> La conclusion a été que cela risquait, d'une part, de rendre les recours en dommages et intérêts, les déclarations de nullité et les sanctions alternatives 'éternels' et d'autre part, de poser problème au regard du délai d'attente. La disposition est dès lors limitée au droit commun, prévu par l'article 19 des LCCE, qui dispose qu'en l'absence d'indication des voies de recours, le délai de recours de 60 jours pour l'introduction d'un recours en annulation est prolongé de 4 mois, en l'étendant toutefois, à des fins

d’uniformisation, aux autorités adjudicatrices qui ne sont pas des autorités administratives.’
Het verdient aanbeveling om deze verduidelijkingen in de memorie van toelichting te integreren.”

In de memorie van toelichting (*Parl.St.* Kamer 2016-2017, 2168/001, p. 18) wordt vermeld:

“Volgens paragraaf 2 van deze nieuwe bepaling moet de mededeling voortaan de rechtsmiddelen tegen de meegedeelde gemotiveerde beslissingen vermelden, alsook de termijnen ervan en de bevoegde instanties en dit voor alle aanbestedende instanties, ongeacht of ze al dan niet administratieve overheden zijn, d.w.z. dat de Raad van State of de rechtbank van eerste aanleg bevoegd is voor de verhaalprocedures. Zo dienen de aanbestedende instanties erop te wijzen dat het mogelijk is om verhaal tot schorsing en tot vernietiging in te stellen en de verjaringstermijnen ervan en de bevoegde instanties te vermelden. Ze moeten geen verdere details geven, maar, voor het overige, uitdrukkelijk verwijzen naar de artikelen van deze wet die deze verhaalprocedures regelen, d.w.z. de artikelen 14 en 15, 23 en 24 van dezelfde wet. De aanbestedende instantie is niet verplicht te bepalen welke rechter bevoegd is, aangezien alleen de rechter bij wie het verhaal aanhangig wordt gemaakt hierover uitspraak kan doen.
Als de mededeling deze vermeldingen niet bevat, wordt de termijn van 60 dagen voor het instellen van verhaal tot vernietiging (en enkel deze termijn voor deze verhaalprocedure) met 4 maanden verlengd. Aanvankelijk werd overwogen om een sanctie te verbinden aan de niet-naleving van deze mededelingsplicht voor elk soort verhaal (schorsing, vernietiging, schadevergoeding, onverbindendverklaring, ...). Deze denkpiste werd evenwel niet gevolgd, enerzijds, omdat ze de verhaalprocedures tot schadevergoeding, nietigverklaringen en alternatieve sancties eindeloos zou rekken en, anderzijds, omdat ze problemen zou opleveren met de wachttermijn.”

Aangezien de wetgever ervoor heeft geopteerd om in artikel 9/1, § 2, tweede lid, van de rechtsbeschermingswet slechts bij vernietigingsberoepen in een bijzondere termijnregeling te voorzien in het geval dat de aanbestedende overheid nalaat de beroepsmogelijkheden bij de mededeling te vermelden inzonderheid opdat de aan de aanbestedende overheid opgelegde wachttermijn en de termijn waarbinnen een schorsingsvordering kan worden ingediend, gelijktijdig zouden verlopen, lijkt de verzoekende partij niet op goede

gronden te kunnen beweren dat de termijn van vijftien dagen vanaf de mededeling van de beslissing om een schorsingsvordering in te dienen niet van toepassing is.

In de mate dat de verzoekende partij een met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel strijdige behandeling ontwaart in artikel 9/1, § 2, tweede lid, van de rechtsbeschermingswet tussen burgers die een vernietigingsberoep dan wel een schorsingsvordering indienen en verzoekt om hierover een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof, kan zij evenmin worden bijgevallen.

Overeenkomstig artikel 26, § 3, van de Bijzondere Wet van 6 januari 1989, 'op het Grondwettelijk Hof' is de Raad van State, behalve wanneer ernstige twijfel bestaat over de verenigbaarheid van een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel met een van de in § 1 bedoelde regels of artikelen van de Grondwet en geen vraag of beroep met hetzelfde onderwerp bij het Hof aanhangig is, in het geval de vordering spoedeisend is, er niet toe gehouden een prejudiciële vraag te stellen. De verzoekende partij toont te dezen de vereiste ernstige twijfel niet overtuigend aan, alleen reeds omdat de wetgever het onderscheid in behandeling omstandig heeft beargumenteerd zoals hiervoor blijkt en zoals ook blijkt uit de verklaring van de minister in haar inleidende uiteenzetting tijdens de bespreking van het voormelde wetsontwerp in de bevoegde kamercommissie (*Parl.St.* Kamer 2016-2017, 2168/001, p. 6 tot 8). Evenmin heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, in zijn advies hierbij een voorbehoud geformuleerd.

De vordering is niet tijdig ingesteld en wordt verworpen.

V. Kosten

9. Het is passend, gelet op het enig verzoekschrift en het nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van tien februari tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Pierre Barra**