

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 254.323 van 12 augustus 2022
in de zaak A. 236.886/XII-9244**

In zake: de nv VISSER & SMIT HANAB
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Hilde Van Parys
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de opdrachthoudende vereniging PIDPA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Joris Wouters en Geert Van Engelgem
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de nv DCA INFRA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2650 Edegem
Mechelsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

Partij in gedwongen tussenkomst:

de cv FLUVIUS SYSTEM OPERATOR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Gitte Laenen en Charlotte Persoons
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 25 juli 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “een beslissing van onbekende datum [...] waarbij [de opdrachthoudende vereniging Pidpa], klaarblijkelijk na de gunning en de sluiting van een overheidsopdracht met [de nv DCA Infra], de vervanging van [de nv Visser & Smit Hanab] als onderaannemer van [de nv DCA Infra] heeft aanvaard met het oog op de uitvoering van de aannemingswerken ‘Aanleg Warmtenet’ als onderdeel van de weg- en rioleringswerken in de gemeente Mol, Collegestraat, Gasstraat, Gasthuisstraat, Vennestraat, Schansstraat, Asstraat, Sint-Pieterstraat, verbindingsstraat (tussen Gasstraat en Vennestraat) en Edmond van Hoofstraat”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 4 augustus 2022 heeft de nv DCA Infra gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De cv Fluvius System Operator is door de verzoekende partij in gedwongen tussenkomst geroepen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 augustus 2022, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Geert Van Engelgem, die verschijnt voor de verwerende partij, advocaat Gert Op de Beeck, die *loco* advocaat Joost Bosquet verschijnt voor de

tussenkomen de partij en advocaat Charlotte Persoons, die verschijnt voor de partij in gedwongen tussenkomst, 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp “Gemeente Mol. Weg- en rioleringswerken in Collegestraat, Gasstraat, Gasthuisstraat, Vennestraat, Schansstraat, Asstraat, Sint-Pieterstraat, verbindingsstraat (tussen Gasstraat en Vennestraat) en Edmond van Hoofstraat”.

Het betreft een gezamenlijke opdracht voor rekening van verschillende aanbestedende overheden, namelijk de opdrachthoudende vereniging Pidpa, de gemeente Mol en de cv Fluvius System Operator.

Als plaatsingsprocedure is gekozen voor een openbare procedure met de prijs als enig gunningscriterium.

Het bijzonder bestek met referte K-09-075 is van toepassing. Het bevat de regels inzake uitsluiting en selectie en stipuleert dat voor wat een deel van de werken betreft, beschreven in het “Technisch Lastenboek Warmtenetten van Fluvius”, een beroep moet worden gedaan “op één van de door Fluvius gekwalificeerde aannemers ‘Warmtenetten’”, indien de hoofdaannemer “zelf niet gekwalificeerd is”.

3.2. Er worden vijf offertes ingediend, onder anderen door de nv DCA Infra.

De nv DCA Infra heeft een beroep gedaan op de draagkracht van derden, te weten verzoekster, voor het onderdeel ‘aanleg warmtenet’.

3.3. Op 22 april 2022 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv DCA Infra.

De opdracht wordt gesloten op 2 juni 2022.

3.4. Op 1 juli 2022 stelt verzoekster de verwerende partij in gebreke om niet in te gaan op een eventuele vraag van de nv DCA Infra om een andere onderaannemer voor de aanleg van het warmtenet in te zetten:

“Bij middel van onderhavig schrijven wenst VSH dan ook Pidpa te verzoeken om een correcte uitvoering te geven aan de bepalingen van haar bestek en artikel 12, § 3 van het Koninklijk Besluit van 14 januari 2013, en bijgevolg de eventueel door DCA voorgestelde vervanging van VSH als onderaannemer niet te aanvaarden.

Indien Pidpa toch aan het verzoek van DCA een gunstig gevolg zou geven, wenst VSH op te merken dat vooreerst Pidpa zich schuldig maakt aan derde medeplichtigheid aan contractbreuk nu er tussen VSH en DCA een overeenkomst is tot stand gekomen met betrekking tot het voorwerp en de prijs van de uit te voeren aannemingswerken. Bovendien zal in een dergelijk geval de gunningsbeslissing ten gunste van DCA onwettig zijn, minstens zal er sprake zijn van een onwettige wezenlijke wijziging van de Opdracht in de uitvoeringsfase, wat een schending uitmaakt van artikel 37 van het Koninklijk Besluit van 14 januari 2013.”

Deze brief wordt door verzoekster ook verstuurd aan de nv DCA Infra. In een antwoordschrijven van 7 juli 2022 betwist de nv DCA Infra het bestaan van een onderaannemingsovereenkomst en verwijst zij naar artikel 12, § 2, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’ (“AUR”). Tot slot bevestigt zij het akkoord van de aanbestedende overheid met de vervanging van de onderaannemer voor het onderdeel ‘aanleg warmtenet’.

3.5. Op 14 juli 2022 dringt verzoekster er bij de verwerende partij op aan om haar de “gemotiveerde beslissing” te bezorgen, op grond waarvan de verwerende partij kon instemmen met de vervanging van de onderaannemer. Zij merkt op dat deze beslissing tot vervanging van de onderaannemer een wezenlijke wijziging van de opdracht is in de zin van artikel 38/6 AUR.

Per e-mail van 19 juli 2022 antwoordt de verwerende partij dat zij inhoudelijk zou reageren van zodra de dossierbeheerders terug zijn uit vakantie.

IV. Tussenkost

4.1. De nv DCA Infra heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

4.2. Het debat over het (bestaan van het) voorwerp van de vordering en de eventuele auteur ervan verantwoordt dat de vordering van verzoekster tot gedwongen tussenkost van de cv Fluvius System Operator in de huidige stand van de rechtspleging voorlopig wordt ingewilligd.

V. Rechtsmacht van de Raad van State

Exceptie

5. Volgens verzoekster “duidt artikel 33 juncto artikel 24, 1° van de Wet van 17 juni 2013 [de] Raad [van State] aan als bevoegde verhaalinstantie, wanneer een aanbestedende overheid van een overheidsopdracht een administratieve overheid is, bedoeld in artikel 14, § 1 van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State, en dit meer bepaald voor verhaalprocedures bedoeld in de artikelen 14 (vernietiging) en 15 (schorsing) 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’]”.

De bestreden beslissing vormt geen loutere contractuele betwisting die tot de bevoegdheid van de burgerlijke rechtbanken behoort; het aangevoerde middel is immers ontleend aan de schending door de verwerende partij van wettelijke bepalingen die op een ontvankelijke wijze voor de Raad van State kunnen worden gebracht door een gegriefde partij, *in casu* verzoekster.

6.1. De drie tegenpartijen werpen op dat de bestreden beslissing volledig kadert in de uitvoering van de opdracht, zodat de Raad van State onbevoegd is om van het geschil kennis te nemen.

De gunningsbeslissing waarbij de opdracht aan de nv DCA Infra werd gegund staat niet ter discussie. Verzoekster vraagt in wezen om uitspraak te doen over een schending van rechten die zij meent te kunnen putten uit een vermeende (niet-bewezen) onderaannemingsovereenkomst tussen haar en de gekozen inschrijver. De Raad van State ontbeert niet enkel de rechtsmacht om de wettigheid van een overeenkomst te beoordelen, doch eveneens de mogelijkheid om uitspraak te doen over de draagwijdte van de rechten en verplichtingen die uit het contract voortvloeien voor de partijen – zoals de vervanging van een onderaannemer. Het feit dat de aanbestedende overheid akkoord zou zijn gegaan met de vervanging van verzoekster doet geen afbreuk aan de contractuele aard van het geschil. Partijen verwijzen naar arrest nr. 247.832 van 18 juni 2020, dat volgens hen zeer vergelijkbaar is met de huidige zaak.

Ook wanneer er sprake zou zijn van een wezenlijke wijziging van de opdracht, is de Raad onbevoegd ten aanzien van een wijziging die haar oorsprong vindt in de opdrachtdocumenten en de overeenkomst tussen partijen.

6.2. Deze partijen betwisten overigens het bestaan van de bestreden beslissing. Fluvius weerspreekt hierover standpunt ingenomen te hebben en merkt

op daar overigens niet toe bevoegd te zijn; Pidpa betoogt (nog) geen beslissing over enige vervanging te hebben genomen, maar wijst erop dat een dergelijke beslissing aan geen bijzondere formaliteiten is onderworpen.

Beoordeling

7. De exceptie kent de vereiste ernst om ze in de huidige stand van de rechtspleging te kunnen bijvallen, om de volgende redenen.

8. Verzoekster vraagt de schorsing van de tenuitvoerlegging van “een beslissing van onbekende datum van Verwerende Partij [...] waarbij Verwerende Partij, klaarblijkelijk na de gunning en de sluiting van een overheidsopdracht met Belanghebbende Partij, de vervanging van Verzoekende Partij als onderaannemer van Belanghebbende Partij heeft aanvaard met het oog op de uitvoering van de aannemingswerken ‘Aanleg Warmtenet’”.

9. Het dossier bevat enkel briefwisseling tussen de tussenkommende partij en een medewerker van Fluvius met betrekking tot de technische bekwaamheid van een andere onderaannemer voor de eventuele uitvoering (“[w]ij zijn aan het bekijken”) van het onderdeel ‘aanleg warmtenet’. Een formele goedkeuringsbeslissing van de verwerende partij ligt niet voor – maar zij beweert ook niet tot enige formalisering verplicht te zijn. Het bestaan zelf van de bestreden beslissing en de daarmee samenhangende vraag of de vordering voorbarig is, mag voor het debat evenwel in het midden blijven.

10. Hoe dan ook immers is de door verzoekster voorgelegde problematiek te situeren in de uitvoering van een gesloten overeenkomst en lijkt een akkoord van de aanbestedende overheid met de vervanging van de onderaannemer enkel te kunnen worden beoordeeld in het licht van de bepalingen die de contractuele verhoudingen tussen het bestuur en de gekozen inschrijver regelen met betrekking tot de uitvoering van de opdracht die het voorwerp was van de aanbesteding.

Het bestek verklaart het AUR onverkort van toepassing. Het akkoord van het bestuur met het inschakelen door de gekozen inschrijver van een andere onderaannemer dan de entiteit op wiens draagkracht de opdrachtnemer zich in de gunningsfase had beroepen, vindt grondslag in artikel 12, § 2, AUR, dat bepaalt:

“In volgende gevallen doet de opdrachtnemer verplicht een beroep op een of meerdere vooraf bepaalde onderaannemer(s):

1° wanneer de opdrachtnemer voor zijn kwalitatieve selectie in verband met de criteria inzake de studie- en beroepskwalificaties, of inzake de relevante beroepservaring, gebruik heeft gemaakt van de draagkracht van vooraf bepaalde onderaannemers overeenkomstig artikel 73, § 1, van het koninklijk besluit klassieke sectoren, artikel 72 van het koninklijk besluit speciale sectoren of artikel 79 van het koninklijk besluit defensie en veiligheid, al naargelang;

2° wanneer de aanbesteder het inzetten van bepaalde onderaannemers oplegt aan de opdrachtnemer.

Het inzetten van andere onderaannemers is onderworpen aan de voorafgaande toestemming van de aanbesteder.”

De vervanging van een onderaannemer maakt aldus het voorwerp uit van een wederzijds akkoord en dus de instemming van het bestuur. Deze wilsuiking lijkt dan ook geen handeling te zijn die kracht ontleent aan het openbaar gezag dat het bestuur door of krachtens de wet is toegekend, maar aan het contract. Dat die wilsuiking uitgaat van een administratieve overheid, doet hieraan geen afbreuk. Evenmin het gegeven dat die wilsuiking door wettelijke verplichtingen begrensd is. De stelling van verzoekster als zou het niet om een contractuele betwisting gaan, kan *prima facie* dan ook niet worden gevolgd.

In de huidige stand van de rechtspleging wordt aangenomen dat het uitsluitend aan de burgerlijke rechter staat om hierover standpunt in te nemen, hetgeen de rechtsmacht van de Raad van State uitsluit.

11. Het hoeft niet te worden onderzocht of het mogelijk anders zou zijn indien het inschakelen van een nieuwe onderaannemer de opdracht wezenlijk

zou wijzigen als gevolg waarvan een nieuwe aanbestedingsplichtige opdracht zou zijn ontstaan, zonder mededinging.

Verzoekster toont haar premisse dat de wijziging als wezenlijk moet worden beschouwd in de zin van artikel 38/6, tweede lid, 1°, AUR vooralsnog niet concreet aan; inzonderheid toont zij niet aan dat de nieuwe onderaannemer niet aan dezelfde kwaliteitseisen zou voldoen, zodat niet valt in te zien dat de toestemming om een andere onderaannemer te mogen inzetten, invloed had kunnen hebben op de kring van potentiële inschrijvers, dan wel de gunning aan een andere inschrijver mogelijk had gemaakt.

12. De vordering is niet ontvankelijk.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv DCA Infra tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

De cv Fluvius System Operator wordt als partij in gedwongen tussenkomst aangewezen in het administratief kort geding.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. 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 22 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de gedwongen tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van twaalf augustus tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Tiny Temmerman,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Tiny Temmerman

Geert Van Haegendoren