

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 66.538 van 4 juni 1997
in de zaken A. 74.430/IV-16.632
74.431/IV-16.633.**

In zake : 1. de n.v. KUMPEN,
2. de n.v. BETONAC,
samen vormend de t.v. KUMPEN-BETONAC,
die woonplaats kiezen bij
Advocaten L. VAN HOUT en X. LEURQUIN,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Sint-Bernardusstraat 98

tegen :

1. het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door
de Vlaamse regering,
dat woonplaats kiest bij
Advocaat P. PEETERS,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Brederodestraat 13,
2. de Openbare Afvalstoffenmaatschappij voor
het Vlaamse Gewest (O.V.A.M.),
die woonplaats kiest bij
Advocaat P. LUYPAERS,
kantoor houdende te HEVERLEE-LEUVEN,
Ijzerenmolenstraat 105.

tussenkomen de partijen :

1. de n.v. Aannemingsbedrijf AERTSSEN,
2. de n.v. INDAVER,
samen vormend de t.v. AERTSSEN-INDAVER,
die woonplaats kiezen bij
Advocaten C. DE WOLF en B. DELTOUR,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Tervurenlaan 268A.

DE VOORZITTER VAN DE IVe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de n.v. KUMPEN
en de n.v. BETONAC op 23 mei 1997 hebben ingediend om de
schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te
vorderen van de tenuitvoerlegging "van de beslissing van
onbekende datum van de tweede verwerende partij waarbij
zij de overheidsopdracht voor de ambtshalve verwijdering
van rubberafval te Antwerpen, Zeebrugge en Willebroek

(bestek nr. 960502) heeft gegund aan de T.V. AERTSSEN-INDAVER en dus niet aan verzoekende partijen, en/of van de beslissing van wellicht 21 mei 1997 van de eerste verwerende partij die haar principiële toelating heeft verleend voor het gunnen van de opdracht aan de T.V. AERTSSEN-INDAVER";

Gezien het verzoekschrift van dezelfde datum waarbij verzoeksters met betrekking tot hun evenvermelde vordering tot schorsing het bevelen van voorlopige maatregelen vergezeld van een dwangsom vorderen;

Gezien de verzoekschriften van dezelfde datum die van de vorige alleen hierin verschillen dat zij de verwijdering van rubberafval te Genk en te Sint-Truiden (bestek nr. 960501) betreffen;

Gelet op de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, inzonderheid op de artikelen 17 en 18;

Gezien de nota's van de verwerende partijen;

Gelet op de beschikkingen van 26 mei 1997 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 30 mei 1997, om 10.30 uur;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter J. BORRET;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat L. VAN HOUT, die verschijnt voor de verzoekende partijen, van Advocaat P. PEETERS, die verschijnt voor de eerste verwerende partij, van Advocaat P. LUYPAERS, die verschijnt voor de tweede verwerende partij, en van Advocaten C. DE WOLF en B. DELTOUR, die verschijnen voor de tussenkomende partijen;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur
J. STEVENS;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de
wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari
1973;

1. Overwegende dat de n.v. Aannemingsbedrijf
AERTSSEN en de n.v. INDAVER met verzoekschriften van
29 mei 1997 vragen om in de administratieve kort
gedingen te mogen tussenkomen;

2. Overwegende dat gelet op hun nauwe samenhang
alle vorderingen gevoegd worden; dat met name de annu-
latiemiddelen in beide zaken volkomen dezelfde zijn;

3. Overwegende dat om de vorderingen af te
wijzen het voldoende is het gebrek aan ernstige annu-
latiemiddelen vast te stellen;

4.1.1. Overwegende dat het eerste annulatiemiddel
is afgeleid :

- "- uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de
Grondwet,
- uit de schending van de gelijke behandeling der
inschrijvers,
- uit de schending van artikel 1 van de wet van
14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten
voor aanneming van werken, leveringen en diensten,
- uit de miskenning van het recht op en de plicht
tot eerlijke en daadwerkelijke mededinging,
- uit de schending van de algemene beginselen van
behoorlijk bestuur, inzonderheid het onpartijdig-
heidsbeginsel, het onafhankelijkheidsbeginsel, het
vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbegin-
sel alsmede uit de schending van het verbod van
belangenvermenging,
- en uit machtsoverschrijding";

Overwegende dat verzoeksters de door hen
aangeklaagde onwettigheden hierin zien dat de inschrij-
ver aan wie de opdrachten zijn gegund, "persoonlijke,

economische, financiële en/of structurele banden heeft" met de beide verwerende partijen; dat zij meer bepaald de n.v. INDAVER, lid van de tijdelijke vereniging aan wie de opdrachten zijn gegund, viseren; dat zij de banden met de verwerende partijen als volgt beschrijven :

"Vooreerst is het Vlaamse Gewest (de eerste verwerende partij) voor 100 % eigenaar van de NV Vlaamse Milieu Holding, dewelke op haar beurt de referentie aandeelhoudster is van de NV INDAVER.

Verder is de O.V.A.M. (de tweede verwerende partij) die trouwens door de eerste verwerende partij werd opgericht en die onder de beheersbevoegdheid staat van laatstgenoemde, zelf één van de oprichters van de NV INDAVER; de maatschappelijke zetel van de NV INDAVER was trouwens tot voor kort gevestigd op de zetel van de O.V.A.M.

Tenslotte is het zo dat minstens één van de bestuurders van de O.V.A.M. en met name de Heer Ir. F. PARENT, die Administrateur-Generaal is van de O.V.A.M., Bestuurder is en zelfs Voorzitter van de Raad van Bestuur van de NV INDAVER.";

4.1.2. Overwegende dat de eerste verwerende partij op het middel antwoordt dat de enkele omstandigheid dat er een structurele verwevenheid bestaat tussen het opdrachtgevend bestuur en de inschrijver aan wie het de opdracht toevertrouwt, geen vermoeden juris et de jure van onwettig optreden kan scheppen; dat zij meent dat er alleen dan onwettige gunning kan zijn wanneer in concreto blijkt dat vanwege de structurele verwevenheid de betrokken inschrijver een concurrentieel voordeel heeft genoten; dat de tweede verwerende partij zich in dezelfde zin uitlaat; dat beide partijen dan betogen dat het enige concrete element dat verzoeksters vermelden, te weten de dubbele hoedanigheid van Frank PARENT, niet op een concurrentiële bevoordeling kan wijzen daar de genoemde persoon zich voor de hele procedure die tot de bestreden beslissingen heeft geleid, heeft gewraakt;

4.1.3. Overwegende dat geen enkele wettelijke bepaling lijkt te bestaan die rechtspersonen die een

structurele verwevenheid met de overheid vertonen, verbiedt zich kandidaat te stellen voor opdrachten die van deze overheid uitgaan; dat zulk een verbod ook niet lijkt te kunnen worden afgeleid uit de rechtsregels die verzoeksters geschonden noemen; dat wel de overheid bij de gunning van de opdracht zodanige rechtspersonen niet mag bevoordelen vanwege de structurele verwevenheid; dat verzoeksters echter niet tegenspreken dat het enige door hen vermelde concrete element dat te dezen aan zulk een bevoordeling zou kunnen doen denken, wat zijn feitelijkheid aangaat niet bewezen is; dat het middel niet ernstig is;

4.2.1. Overwegende dat verzoeksters hun tweede annulatiemiddel afleiden :

- "- uit, met miskenning van artikel 6 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het verbod van belangenvermenging,
- uit de schending van de plicht tot onthouding van het medewerken aan, het aanzetten tot, het gedogen van en/of het toelaten van onwettige overheidsbeslissingen,
- en uit machtsoverschrijding";

4.2.2. Overwegende dat het geschonden genoemde artikel 6 van de wet van 14 juli 1976 "ieder ambtenaar, openbare gezagdrager of ieder ander persoon belast met een openbare dienst" verbiedt tussen te komen bij de gunning van overheidsopdrachten zodra hij persoonlijk of via een tussenpersoon belangen heeft in een van de inschrijvende ondernemingen;

Overwegende dat in zoverre verzoeksters de gegrondheid van hun middel willen steunen op het optreden van Frank PARENT, de Raad mag verwijzen naar de onder 4.1.3. gedane vaststelling dat niet bewezen is dat deze persoon bij de gunning van de omstreden opdrachten is tussengekomen;

Overwegende dat in zoverre verzoeksters willen staande houden dat het Vlaamse Gewest onder de termen van voormeld artikel 6 valt wegens zijn structurele verwevenheid met de n.v. INDAVER, de Raad zich tot de hiernavolgende bedenkingen wil beperken, hierbij in acht nemend dat hij zich uitspreekt binnen het raam van een kort geding, dan nog een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid;

Overwegende dat het Vlaamse Gewest een rechtspersoon is; dat bij gebrek aan door de partijen verschaftе nauwkeurige gegevens en bij gebrek aan buiten de partijen om onmiddellijk beschikbare gegevens de Raad in het midden laat of deze rechtspersoon -niet te verwarren met zijn orgaan, de Vlaamse regering, welke regering mogelijk te dezen tevens het orgaan is van de O.V.A.M- in de onderhavige zaken tot taak had zelf de opdrachten te gunnen dan wel alleen maar de O.V.A.M. te machtigen tot het gunnen van de opdrachten, of, derde mogelijkheid, helemaal niet in rechte hoefde op te treden;

Overwegende dat als de eerste of de tweede hypothese de juiste is, de zienswijze van verzoeksters inhoudt dat zodra een onderneming waarmee het Vlaamse Gewest structureel verweven is, inschrijft voor een opdracht die, eerste hypothese, door het Vlaamse Gewest gegund moet worden of, tweede hypothese, voor de gunning waarvan het Vlaamse Gewest machtiging moet geven, het Vlaamse Gewest zijn taak niet vermag te vervullen; dat zulks de vraag doet rijzen wie dan wel in plaats van het Vlaamse Gewest de opdracht zal kunnen toewijzen of de machtiging tot toewijzing zal kunnen verlenen; dat niet onmiddellijk valt in te zien of het Vlaamse Gewest vervangen zou kunnen worden en zo ja door wie, dat alvast verzoeksters dat niet doen inzien, al was het maar op het eerste gezicht;

Overwegende dat men de zaak ook niet lijkt te kunnen oplossen door te stellen dat in de gemaakte hypothesen het Vlaamse Gewest wel de opdrachten mag gunnen of de gunning van de opdrachten machtigen, maar dan met dien verstande dat de opdrachten niet gegund mogen worden aan de onderneming met wie dat Gewest banden heeft; dat dit er zou op neerkomen dat het bedoelde onderneming onmogelijk wordt gemaakt mee te dingen; dat alzo artikel 6 van de wet van 14 juli 1976 de wetsbepaling zou zijn die het eerste annulatiemiddel dan toch de nodige ernst verschaft; dat niet eens verzoeksters aan artikel 6 zulk een draagwijdte toeschrijven aangezien ze er hun eerste annulatiemiddel niet mee ondersteunen; dat die draagwijdte trouwens onverenigbaar lijkt te zijn met de zin van dat artikel; dat dit artikel er immers niet toe strekt ondernemingen van mededinging uit te sluiten, maar te verhinderen dat mededingende ondernemingen onrechtmatig worden bevoordeeld of dat die indruk wordt opgedaan;

Overwegende dat in de huidige stand van het geding de Raad het middel niet voldoende onderbouwd acht om er de voor een schorsing vereiste ernst aan toe te kennen;

4.3.1. Overwegende dat in een derde annulatiemiddel verzoeksters aanvoeren dat de opdrachten niet aan de tussenkomende partijen toegewezen konden worden omdat een van hen, de n.v. INDAVER, geen aannemer is of dan toch geen erkend aannemer en omdat ze niet onderworpen is aan het paritair comité voor het bouwbedrijf; dat ze het laatste verwijt menen te mogen doen gelden omdat de werkgevers waarvan de werknemers wel onder het comité ressorteren de hoogste sociale lasten dragen en de n.v. INDAVER aldus een onwettig, concurrentievervalsend voordeel geniet;

4.3.2. Overwegende dat de tussenkomende partijen een bewijs voorbrengen dat de n.v. INDAVER geregistreerd is als aannemer; dat verzoeksters de bewijskracht van dat stuk niet betwisten;

Overwegende dat blijkens artikel 11, § 1, van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken een tijdelijke vereniging van aannemers werken mag uitvoeren wanneer ten minste een van de deelgenoten over de vereiste erkenning beschikt; dat niet wordt betwist dat de eerste tussenkomende partij de vereiste erkenning bezit; dat verzoeksters het ten onrechte willen doen voorkomen alsof voor de onderhavige zaken de bestekken van de omstreden opdrachten voorschrijven dat wanneer een tijdelijke vereniging inschrijft, alle deelgenoten erkende aannemers moeten zijn; dat de enige tekst die zij uit de bestekken citeren, die is volgens welke de inschrijving van een tijdelijke vereniging kan worden aanvaard op voorwaarde dat elk van de deelnemende aannemers "zich volledig en voor de totale omvang van het werk verantwoordelijk stelt"; dat deze tekst, die niet eens in de rubriek "erkenning" voorkomt, maar in de rubriek "registratie", niet meer is dan een nutteloze herhaling van of een herinnering aan het bepaalde in artikel 175 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen krachtens hetwelk de deelgenoten van een tijdelijke handelsvennootschap hoofdelijk gehouden zijn jegens de derden met wie zij hebben gehandeld;

Overwegende dat verzoeksters niet beweren dat het personeel van een aannemer wettig alleen onder het paritair comité voor het bouwbedrijf kan ressorteren; dat alleen wanneer zij dat zouden stellen -en terecht zouden stellen- het voordeel waar zij op doelen voor onwettig gehouden zou kunnen worden;

Overwegende dat het derde annulatiemiddel niet ernstig is;

5. Overwegende dat bij gebrek aan ernstige annulatiemiddelen de vorderingen moeten worden afgewezen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

De vorderingen nrs. A. 74.430/IV-16.632 en 74.431/IV-16.633 worden gevoegd.

Artikel 2.

De verzoeken tot tussenkomst van de n.v. Aannemingsbedrijf AERTSEN en de n.v. INDAVER in de administratieve kort gedingen worden ingewilligd.

Artikel 3.

De vorderingen worden verworpen.

Artikel 4.

De kosten van de vorderingen tot schorsing, bepaald op achtentwintigduizend frank, komen ten laste van de verzoekende partijen, ieder voor een bedrag van veertienduizend frank.

De kosten van de tussenkomsten, bepaald op twintigduizend frank, komen ten laste van de tussenkomende partijen, ieder voor een bedrag van tienduizend frank.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vier juni 1900 zevenennegentig, door :

de H. J. BORRET,
Mevr. S. VAN AELST,

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. VAN AELST.

J. BORRET.