RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 84.724 van 18 januari 2000
in de zaak A. 38.853/XII-1659.
38.854/XII-1660.
38.855/XII-1661.

In zake : de NV BALLAST NEDAM GROEP,
die woonplaats kiest bij
advocaat M. SENELLE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Terhulpsesteenweg 110, bus 5

tegen :

de Belgische Staat, thans de Regie der Gebouwen.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV BALLAST NEDAM GROEP op 20 mei 1988 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :
1. de beslissing van ongekende datum van de minister van Openbare Werken om haar niet in aanmerking te nemen als kandidaat voor het deelnemen aan de beperkte offerteaanvraag voor het bouwen van een gebouwencomplex bestemd voor de Raad van de Europese Gemeenschappen, perceel I : ruwbouw parkings;
2. de beslissing de kandidaturen van derden in aanmerking te nemen voor voormelde percelen;
3. de beslissing om de opdracht voor voormelde percelen niet aan haar gegund te hebben;
4. de beslissing om de opdracht voor voormelde percelen gegund te hebben aan een derde; (zaak A. 38.853);

Gezien een tweede verzoekschrift dat de NV BALLAST NEDAM GROEP op 20 mei 1988 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :
1. de beslissing van ongekende datum van de minister van Openbare Werken om haar niet in aanmerking te nemen als

kandidaat voor het deelnemen aan de beperkte offerteaanvraag voor het bouwen van een gebouwencomplex bestemd voor de Raad van de Europese Gemeenschappen, perceel II : ruwe bovenbouw-conferentiegebouw;
2. de beslissing de kandidaturen van derden in aanmerking te nemen voor voormelde percelen;
3. de beslissing om de opdracht voor voormelde percelen niet aan haar gegund te hebben;
4. de beslissing om de opdracht voor voormelde percelen gegund te hebben aan een derde; (zaak A.38.854);

Gezien een derde verzoekschrift dat de NV BALLAST NEDAM GROEP op 20 mei 1988 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :
1. de beslissing van ongekende datum van de minister van Openbare Werken om haar niet in aanmerking te nemen als kandidaat voor het deelnemen aan de beperkte offerteaanvraag voor het bouwen van een gebouwencomplex bestemd voor de Raad van de Europese Gemeenschappen, perceel III : ruwe bovenbouw-secretariaatsgebouw;
2. de beslissing de kandidaturen van derden in aanmerking te nemen voor voormelde percelen;
3. de beslissing om de opdracht voor voormelde percelen niet aan haar gegund te hebben;
4. de beslissing om de opdracht voor voormelde percelen gegund te hebben aan een derde; (zaak A.38.855);

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur J. STEVENS;

Gelet op de beschikking van 10 november 1998 tot voeging van de zaken;

Gelet op de beschikking van 10 november 1998 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gezien het verzoek tot voortzetting van de procedure van de verzoekende partij en de laatste memorie van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 20 juli 1999 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 28 september 1999;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat M. SENELLE die verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat G. LEYSEN, die loco advocaat K. VAN ALSENOY verschijnt voor de verwerende partij;

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. Over de gegevens van de zaken.

Overwegende dat de gegevens van de zaken kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. In de loop van 1987 laat de verwerende partij een bericht publiceren dat zij voornemens is over te gaan tot beperkte offerteaanvragen voor het bouwen

van een gebouwencomplex bestemd voor de Raad van de Europese Gemeenschappen, onder meer, perceel I : ruwbouw parkings, perceel II : ruwe bovenbouw-conferentiegebouw en perceel III : ruwe bovenbouw-secretariaatsgebouw. Belangstellende aannemers worden verzocht zich als gegadigde aan te melden.

Onder 'Selectiecriteria' is in 4.1.1. van dat bericht vermeld dat de gegadigden erkend dienen te zijn en worden de vereiste erkenningscategorieën en klassen vastgesteld; zij die geen erkenning bezitten moeten voor hun aanmelding een volledige aanvraag tot erkenning indienen overeenkomstig de bepalingen van het ministerieel besluit van 1 april 1983 en moeten aan hun aanmeldingsformulier het door het Ministerie van Openbare Werken afgegeven attest hechten waaruit blijkt dat het volledige dossier werd ingediend.

1.2. De verzoekende partij meldt zich met brieven van 16 november 1987 aan voor deelname voor de drie percelen.

Zij deelt mede dat zij op 15 april 1987 erkend was en dat sindsdien haar erkenning ingetrokken is. Zij voegt in bijlage de brief van 9 april 1987 van het ministerie van openbare werken, afdeling erkenning der aannemers, waarin in fine is medegedeeld dat "de geldigheid van de eertijds verleende erkenningen is vervallen zodat het niet meer toegelaten is ervan gebruik te maken".

1.3. Met brieven, respectievelijk van 23 december 1987 (perceel I), 29.12.1987 (perceel II) en 30 december 1987 (perceel III) vraagt de verwerende partij de toezending van "het erkenningsbewijs of het attest van indiening van een volledig aanvraagdossier, de bankverklaring en het door de bevoegde autoriteiten afgeleverd attest inzake BTW, wat ontbreekt, binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, overeenkomstig de bepalingen van

het derde lid van artikel 4 van het gedetailleerd bericht".

1.4. Met brief van 7 januari 1988 deelt de verzoekende partij mede dat zij vermelde brieven pas op 5 januari 1988 heeft ontvangen gelet op de sluiting en verzoekt zij om uitstel voor het indienen van de gevraagde documenten.

1.5. Met brief van 21 januari 1988 zendt de verzoekende partij de documenten op inzake de financiële garanties, deelt zij wat de erkenning betreft mede dat zij meent te voldoen aan de artikelen 23 tot en met 28 van de Europese richtlijn van 16 juli 1971 inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en belooft zij de nazending van het BTW-attest, dat aangevraagd is.

Met brief van 16 maart 1988 zendt zij de verklaring die door het ontvangkantoor der rijks-belastingen in Amstelveen is opgesteld.

1.6. Met brief van 23 maart 1988 zendt de verwerende partij de BTW-attesten terug met de melding dat "deze laattijdig werden overgemaakt en niet in aanmerking kunnen genomen worden".

1.7. Met brief van 25 maart 1998 deelt de verwerende partij mede dat "uw aanmelding niet weerhouden werd". Een reden daarvoor wordt niet opgegeven. Dat is de bestreden beslissing;

2. Over de rechtspleging.

2.1. Overwegende dat de verwerende partij betoogt dat krachtens artikel 334, § 2, van de programmawet van 22 december 1989, de Regie der Gebouwen de rechten en verplichtingen van de Belgische Staat ter zake heeft overgenomen; dat dit betoog moet worden bijgevallen; dat de Regie der Gebouwen een eigen van de Staat te

onderscheiden rechtspersoonlijkheid heeft, zodat zij in deze zaak de Belgische Staat als verwerende partij heeft opgevolgd;

2.2. Overwegende dat de verzoekende partij de samenvoeging vraagt van de onderhavige zaken met de zaak A. 36.189, waarin zij de beslissing van 9 april 1987 aanvecht om haar erkenning in te trekken; dat op die vraag niet moet worden ingegaan aangezien, zoals hierna zal blijken, de regelmatigheid van de betrokken intrekking weliswaar van invloed is op die van de bij onderhavige beroepen bestreden beslissingen, doch zij er geen voorbereidende handeling van vormt en de verwerende partijen niet dezelfde zijn;

3. Over de ontvankelijkheid van de beroepen.

3.1. Overwegende dat ambtshalve moet worden vastgesteld dat alle drie de beroepen onontvankelijk zijn wat hun tweede, derde en vierde voorwerp betreft; dat, immers, indien mocht blijken dat verzoeksters kandidaatstelling ten onrechte werd geweerd, zulks nog niet betekent dat de andere kandidaturen niet in aanmerking genomen mochten worden; dat voorts het beroep tegen de beslissing om aan een derde te gunnen voorbarig is aangezien er op het tijdstip van het indienen van het beroep nog geen toewijzing was geschied; dat hetzelfde geldt voor de beweerde daarin besloten impliciete beslissing tot niet-toewijzing aan de verzoekende partij;

3.2. Overwegende dat de verwerende partij het belang van verzoekster betwist op grond van de vaststelling dat, toen verzoekster zich kandidaat stelde, zij de vereiste erkenning niet bezat;

3.2.1. Overwegende dat verzoekster de intrekking van haar erkenning bestrijdt in de zaak

A.36.189/XII-537; dat bij arrest nr. 84.723 van heden die intrekking nietig werd verklaard en derhalve geacht moet worden nooit te hebben plaats gehad, zodat verzoekster toen zij zich kandidaat stelde om mee te dingen voor de kwestieuze offerteaanvraag, eveneens verondersteld moest worden de vereiste erkenning nog te bezitten;

3.3. Overwegende dat de verwerende partij ook stelt dat de verzoekende partij te laat de gevraagde documenten heeft toegezonden aan de verwerende partij, m.a.w. niet binnen de in het bericht bepaalde termijn van 12 kalenderdagen, zodat haar kandidatuur ook om die reden niet geldig was en zij geen belang heeft bij haar vordering;

3.3.1. Overwegende dat uit het door de verwerende partij neergelegd dossier niet blijkt om welk motief de kandidaatstelling van de verzoekende partij werd geweerd, wegens het niet meer erkend zijn, wegens het te laat indienen van de opgevraagde documenten of wegens beide; dat uit dat dossier ook niet blijkt of de verwerende partij geantwoord heeft, laat staan afwijzend gereageerd heeft op de vraag van de verzoekende partij om uitstel voor toezending van de gevraagde documenten; dat overigens uit het voorschrift de vereiste documenten binnen een bepaalde termijn op te sturen niet kan worden afgeleid dat die termijn op straffe van absolute nietigheid gold; dat de exceptie bijgevolg evenmin aangenomen kan worden;

4. Over de gegrondheid van de beroepen.

4.1. Overwegende dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending aanvoert van artikel 13, § 2, van de wet van 4 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, van de artikelen 39, 40 en 41 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, alsook van de artikelen 1, § 1, 4, § 2, en 5 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten van werken in het raam van de Europese Gemeenschappen; dat zij in een derde middel de schending aanvoert van onder meer artikel 22 van de Richtlijn nr. 71/305 van de Raad van ministers, van 26 juli 1971, betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken; dat zij in een vijfde middel de schending aanvoert van artikel 1.A. van de Besluitwet van 3 februari 1947 houdende regeling van de erkenning der aannemers; dat die middelen er vooral toe strekken aan te tonen dat, in de veronderstelling dat de weigering om haar kandidaatstelling in aanmerking te nemen gesteund was op het niet bezitten van de vereiste erkenningen, dat motief niet rechtsgeldig was aangezien de intrekking van de desbetreffende erkenningen onwettig was en door verzoekster ook bestreden wordt in haar beroep nr. A. 36.189/XII-537, van welk beroep zij het verzoekschrift trouwens bij de onderhavige zaken gevoegd heeft;

4.2. Overwegende dat de verwerende partij er in haar memorie van antwoord van uitgaat dat de weigering van verzoeksters kandidaatstelling gebaseerd was op het ontbreken van de vereiste erkenning en haar verweer daar hoofdzakelijk op afstemt; dat zij echter opwerpt dat verzoekster een nieuwe erkenningsaanvraag had kunnen

indienen en alsnog het vereiste attest had kunnen voorleggen;

4.3. Overwegende dat wat die laatste tegenwerping betreft, verzoekster kan worden bijgevallen waar zij stelt dat gelet op het verzoekschrift ingediend onder nr. A. 36.189, het volstrekt nutteloos was een nieuw dossier in te dienen bij de erkenningscommissie daar dit toch geweigerd zou worden; dat, immers, op initiatief van die commissie werd overgegaan tot een herziening van de situatie van de verzoekende partij, wat geleid heeft tot de beslissing om haar erkenning in te trekken;

4.4. Overwegende dat zoals reeds vermeld bij arrest nr. 84.723 van heden, de betrokken intrekking van verzoeksters erkenning nietig werd verklaard; dat de verwerende partij in haar laatste memorie evenwel opwerpt dat zulks niet tot de nietigverklaring van de met onderhavige beroepen bestreden rechtshandelingen moet leiden; dat zij daarvoor de volgende argumenten aanvoert : de beslissing omtrent de erkenning vormt geen onderdeel van de opeenvolgende rechtshandelingen welke tot de definitieve gunning leiden; de auteurs van die beslissingen zijn overigens verschillend; de terugwerkende kracht van een vernietigingsarrest maakt geen algemeen beginsel uit en de vernietiging van de intrekking van de erkenning heeft slechts "in principe" de onwettigheid van de gevolgakten voor gevolg; op grond van de theorie van de feitelijke ambtenaar kan een beslissing genomen "in het kader van een andere beslissing" en vooraleer deze is vernietigd, niet louter worden aangevochten op basis van de vernietiging van die andere beslissing, daar ze tot aan de vernietiging formeel intact is en de principes van behoorlijk bestuur vereisen dat gehandeld wordt in conformiteit met die vroegere beslissing; het betreft hier een zaak daterende van voor de richtlijn 89/665, zodat de doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht ter zake van erkenningen

niet dienstig is, evenmin als de latere uitvoerings-besluiten inzake erkenning;

4.5. Overwegende dat, zo weliswaar de beslissing omtrent de erkenning geen deel uitmaakt van de complexe rechtshandeling welke tot de definitieve gunning leidt en het derhalve niet volstaat louter de onwettigheid van die individuele handeling aan te voeren ter staving van een annulatieberoep tegen de gunningsbeslissing, het in deze zaak anders is omdat de nietigverklaring van de beslissing inzake de erkenning apart en binnen de beroepstermijn werd gevorderd; dat de uitdrukkelijke nietigverklaring van een, zelfs individuele administratieve rechtshandeling rechtsgevolgen heeft erga omnes - wat niet betekent dat zij geldt bij wege van algemene beschikking - en zoals elke nietigheid terugwerkt tot de datum waarop die handeling tot stand gekomen is, zodat zij geacht wordt nooit bestaan te hebben; dat daaruit volgt dat de vraag welke overheid de vernietigde handeling genomen heeft zonder belang is; dat zoals de verwerende partij zelf terecht aanvoert, de gunningsbeslissing niet louter een gevolgakte is van de beslissing omtrent de erkenning en dus niet automatisch door nietigheid is aangetast bij nietigverklaring van die laatste beslissing; dat die nietigverklaring echter wel het motief waarop de verwerende partij steunde om verzoekster niet toe te laten tot de gunningsprocedure onderuit haalt; dat de theorie van de feitelijke ambtenaar niet kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van handelingen welke de betrokkene precies heeft gesteld, steunend op een handeling waarvan de regel-matigheid wordt betwist; dat, zo het de administratie niet toekomt zelf de onwettigheid van vroegere administratieve rechtshandelingen in te roepen, de rechter er nochtans toe gehouden is de nodige gevolg-trekkingen te halen uit de nietigverklaring die hijzelf of een andere rechter heeft uitgesproken, overeenkomstig de principes waaraan hiervoren is herinnerd: de gelding

erga omnes en terugwerkende kracht van een vernietigingsarrest;

4.6. Overwegende dat de opmerking van de verwerende partij inzake de niet-doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht, wat er ook mee bedoeld wordt, niet dienend is, aangezien niet wordt beweerd dat toen de bestreden beslissingen werden genomen buitenlandse aannemers van Belgische overheidsopdrachten waren uitgesloten en, inzoverre het argument de erkenningsregeling betreft, het aangevoerd had moeten worden in de zaak A. 36.189;

4.7. Overwegende dat de vaststelling van de nietigheid van de beslissing om verzoeksters erkenning in te trekken, de ondeugdelijkheid aantoont van het motief waarop de verwerende partij moet worden geacht te hebben gesteund om verzoeksters kandidaatstelling voor de betrokken opdrachten niet in aanmerking te nemen; dat de desbetreffende middelen dan ook gegrond zijn,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing neergelegd in een brief van 25 maart 1988 van de minister van Openbare Werken om de NV BALLAST NEDAM GROEP niet in aanmerking te nemen als kandidaat voor het deelnemen aan de beperkte offerteaanvraag voor het bouwen van een gebouwencomplex bestemd voor de Raad van de Europese Gemeenschappen, percelen I, II en III.

Artikel 2.

De beroepen worden voor het overige verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de beroepen, bepaald op twaalfduizend frank, komen ten laste van de Regie der Gebouwen.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op achttien januari 2000, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	J. DE BRABANDERE,	kamervoorzitter,
	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
	J. BAERT,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **J. DE BRABANDERE.**