

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE

A R R E S T

nr 152.174 van 2 december 2005

G/A 117.868/g-86

In zake: **de NAAMLOZE VENNOOTSCHAP
AMEC SPIE BELGIUM,**
die de naamloze vennootschap GAZEL is opgevolgd,
die woonplaats kiest bij
Mr. Françoise BALON, advocaat,
A. De Bockstraat 54-56
1140 Brussel,

tegen :

DE RIJKSDIENST VOOR PENSIOENEN,
die woonplaats kiest bij
Mr. Marc KADANER en
Mr. Michel PLESSERS, advocaten,
Terhulpensesteenweg 150
1170 Brussel.

**DE RAAD VAN STATE, ALGEMENE VERGADERING VAN DE
AFDELING ADMINISTRATIE,**

Gezien het op 8 maart 2002 ingediende verzoekschrift waarbij de naamloze vennootschap GAZEL de nietigverklaring vordert van de beslissing van onbepaalde datum, ter kennis gebracht van de verzoekende partij bij brief van 10 januari 2002, ontvangen op 11 januari 2002, waarbij de Rijksdienst voor Pensioenen (...) haar kandidatuur afwijst voor de beperkte offerteaanvraag met betrekking tot de interne renovatie van de Zuidertoren, perceel 3 "Electriciteit";

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag van E. THIBAUT, auditeur bij de Raad van State, opgemaakt op grond van artikel 12 van de algemene procedureregeling;

Gelet op de beschikking van 15 oktober 2004 waarbij de neerlegging van het dossier en het verslag ter griffie wordt gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen;

Gezien de laatste memories van de partijen;

Gelet op de beschikking van 28 juli 2005, waarbij de VIe Kamer wordt ontheven van de zaak en wordt verwezen naar de algemene vergadering van de afdeling administratie;

Gelet op de beschikking van 28 juli 2005, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij wordt bepaald dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 27 september 2005 om 14 uur;

Gehoord het verslag van P.NIHOUL, staatsraad;

Gehoord de opmerkingen van Mr. I. DAOUST, loco Mr. Fr. BALON, die voor de verzoekende partij verschijnt en van Mr.M.PLESSERS, die voor de verwerende partij verschijnt;

Gehoord het eensluidend advies van E. THIBAUT, auditeur;

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

Overwegende dat de volgende feiten dienstig zijn voor het onderzoek van de zaak:

1. Op 13 juli 2001 wordt in het Bulletin der aanbestedingen en in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen een aankondiging van een opdracht bekendgemaakt uitgaande van de Rijksdienst voor Pensioenen, die betrekking heeft op een gemengde overheidsopdracht, te gunnen volgens de procedure van de beperkte offerteaanvraag, met betrekking tot de interne renovatie van de Zuidertoren en verdeeld in vier percelen, te weten: "perceel 1: asbestverwijdering, hystoestellen, algemene besturing", "perceel 2: afwerkingen", "perceel 3: elektriciteit hoofdzakelijk in verband met de vervanging van de installaties voor elektriciteit (sterkstroom en zwakstroom)" en "perceel 4: HVAC"(Heating, ventilation and air conditioning).

De aankondiging van de opdracht bestaat in een oproep tot gegadigden met het oog op het maken van een kwalitatieve selectie van aannemers die belangstelling hebben voor de opdracht. Daartoe wordt in de aankondiging van de opdracht het volgende gepreciseerd "Enkel de beste kandidaturen zullen weerhouden worden. In elk geval, zal er voor elk van de loten slechts een maximum van 5 kandidaturen weerhouden worden".

Naast de algemene voorwaarden die van toepassing zijn voor alle percelen en die betrekking hebben op de uitsluitingsclausules en de financiële en economische voorwaarden, worden in de aankondiging van de opdracht de specifieke technische voorwaarden vermeld waaraan moet worden voldaan voor elk van de percelen, te weten:

" Voor lot 3: elektriciteit.

Minimum 3 referenties in verband met gelijkaardige opdrachten, met inbegrip van sterkstroom en zwakstroom, voor een minimumbedrag van EUR 6.000.000, per opdracht, in de laatste vijf jaar.

Voor de in België gevestigde ondernemers, het bewijs van hun erkenning in ondercategorie P.1, klasse 8.

Voor de aannemers gevestigd in een andere Lidstaat van de Europese Unie:

- hetzij het bewijs van hun inschrijving in een officieel register van ondernemers, bewijs afgeleverd door de bevoegde instanties, en van de gelijkstelling van die inschrijving met de erkenningsvoorwaarden vastgelegd bij de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van de aannemers van werken (Belgisch Staatsblad van 6 april 1991);
- hetzij de vermelding dat de kandidaat de toepassing inroept van artikel 3, § 1, 2°, van de voormelde wet; in dat geval voegt hij de nodige bewijsstukken bij zijn aanvraag tot deelname."

De uiterste datum voor het indienen van de kandidaturen wordt vastgesteld op 31 augustus 2001 om 11 uur.

2. Op 28 augustus 2001 dient de verzoekende partij bij de diensten van de verwerende partij haar kandidatuur in met het oog op haar selectie voor perceel nr. 3. Dit dossier bevat een erkenningsgetuigschrift in klasse 8, categorie P1, alsmede verscheidene lijsten van uitgevoerde werkzaamheden en getuigschriften van goede uitvoering. Op 7 november 2001 vult ze haar dossier aan door een getuigschrift van goede uitvoering toe te zenden voor een opdracht voor de aanneming van werken voor een bedrag van 250 miljoen frank.

Nog acht andere kandidaturen zijn binnengekomen.

3. Op een onbekende datum stellen de diensten van de verwerende partij een "motiveringsnota" op waarin de negen kandidaturen worden opgenomen die zijn ingediend voor perceel nr. 3 en waarin wordt vermeld dat vier kandidaten drie referenties overleggen van meer dan 6.000.000 euro, en dat de verzoekende partij er slechts twee overlegt.

4. Op 10 januari 2002 deelt de administrateur-generaal van de verwerende partij de verzoekende partij mee dat haar kandidatuur voor perceel 3 van bovenvermelde opdracht niet in aanmerking is genomen. Het gaat om de bestreden beslissing.

Op 14 januari 2002 vraagt de verzoekende partij naar de motieven voor haar niet-selectie.

5. Op 28 januari 2002 deelt de administrateur-generaal van de verwerende partij de verzoekende partij het volgende mee:

" (...) Punt 10, artikel 19, van de bovenvermelde aankondiging van opdracht: specifieke technische voorwaarden voor perceel 3 (...) vereiste ten minste drie referenties in soortgelijke opdrachten, voor een bedrag van tenminste 6.000.000 EURO per opdracht in de laatste vijf jaar.

Uw kandidatuur voldeed niet aan dat vereiste; ze is dus niet in aanmerking genomen".

6. Op 6 februari 2002 betwist de verzoekende partij bij de verwerende partij de motieven die worden aangevoerd tot staving van de bestreden beslissing.

7. Op 3 mei 2002 deelt de administrateur-generaal van de verwerende partij de tijdelijke vereniging, bestaande uit de naamloze vennootschappen NIZET en SIEMENS ATEA, mee dat het bestuurscomité op 29 april 2002 heeft besloten haar perceel nr. 3 toe te wijzen voor een totaal bedrag van 6.742.274,73 euro. BTW niet inbegrepen.

Overwegende, wat de hoedanigheid van de verzoekende vennootschap betreft, dat uit de bijlagen bij Belgisch Staatsblad van 29 juli 2003 blijkt dat de verzoekende partij op 1 juli 2003 ontbonden is zonder vereffening en dat haar vermogen integraal is overgedragen aan de naamloze vennootschap ABAY TS, haar enige aandeelhouder; dat aangezien deze verrichting gelijkgesteld wordt met een fusie door overneming, overeenkomstig artikel 676, 1°, van het Wetboek van Vennootschappen, er geen grond is om het rechtsgeding formeel te hervatten; dat de fusie immers van

rechtswege tot gevolg heeft dat de overgenomen vennootschap verdwijnt en dat alle activa en passiva van haar vermogen, ongeacht of zij actueel, voorwaardelijk of zelfs eventueel zijn, worden overgedragen aan de overnemende vennootschap; dat daaruit volgt dat de naamloze vennootschap ABAY TS op 1 juli 2003 in de rechten en verplichtingen van de naamloze vennootschap GAZEL is getreden; dat de naamloze vennootschap ABAY TS tegelijkertijd haar naam heeft veranderd in "AMEC SPIE TS"; dat uit de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad van 19 juli 2004 blijkt dat de naamloze vennootschap AMEC SPIE TS op 1 juli 2004 haar naam heeft veranderd in "AMEC SPIE BELGIUM";

Overwegende, wat de ontvankelijkheid *ratione materiae* van het beroep betreft, dat in de veronderstelling dat de aanbestedende overheid besloten heeft om, in het kader van een beperkte procedure, te dezen een beperkte offerteaanvraag, een onderneming die zich als gegadigde heeft aangemeld niet uit te kiezen, de vraag rijst of die beslissing al dan niet een handeling is waartegen bij de Raad van State beroep openstaat;

Overwegende dat een gegadigde voor de selectie op grond waarvan kan worden deelgenomen aan een niet-openbare procedure voor de toewijzing van een overheidsopdracht, een beroep tot nietigverklaring kan instellen en in voorkomend geval, een vordering tot schorsing van de beslissing om hem niet uit te kiezen, omdat deze beslissing, hoewel ze voorbereidend is ten opzichte van de uiteindelijke beslissing tot toewijzing van de opdracht, ten aanzien van deze gegadigde niet meer verschijnt als een louter voorbereidende beslissing, maar als een "voorbeslissing", omdat zij voor hem definitieve rechtsgevolgen heeft; dat deze beslissing hem immers elke mogelijkheid tot deelname aan de opdracht en zodoende op toewijzing en wat hem betreft dan ook onmiddellijk grievend is;

Overwegende dat de mogelijkheid voor een gegadigde onmiddellijk een beroep tot nietigverklaring en een vordering tot schorsing in te stellen ten aanzien van de beslissing om hem niet uit te kiezen, niet wegneemt dat de onrechtmatigheden welke deze gegadigde tegen deze beslissing inbrengt, nog op ontvankelijke wijze mogen worden ingeroepen tegen latere beslissingen die genomen worden in het kader van de beperkte procedure voor het gunnen van de opdracht; dat de verzoekende partij, derhalve, tot staving van haar beroep tegen zulke beslissingen, de onwettigheid mag inroepen van de beslissing om haar kandidatuur niet uit te kiezen, zelfs indien zij deze beslissing niet als zodanig heeft bestreden bij de Raad van State;

Overwegende dat het beroep ontvankelijk is *ratione materiae*;

Overwegende dat de verzoekende partij bovendien moet doen blijken van een actueel belang bij het beroep, en dit belang moet bestaan tot aan de uitspraak van het arrest; dat in de veronderstelling dat de aanbestedende overheid, nadat ze eerst besloten heeft om, naar aanleiding van een beperkte procedure, een onderneming die zich als gegadigde heeft aangemeld niet uit te kiezen, vervolgens besluit om de opdracht toe te wijzen, de vraag rijst of de onderneming die de eerste, doch niet de tweede beslissing bij de Raad van State heeft bestreden, nog steeds het vereiste belang heeft om de nietigverklaring te vorderen van de eerste beslissing;

Overwegende dienaangaande dat het belang van een verzoeker om bij de Raad van State een beslissing inzake de toewijzing van een overheidsopdracht te bestrijden, er idealiter in bestaat opnieuw op zijn minst kans te maken om die opdracht toegewezen te krijgen en die zelf uit te voeren;

Overwegende, in die gedachtegang, dat het belang om een beslissing aan te vechten waarbij een kandidatuur niet in aanmerking wordt genomen, verdwijnt als de gegadigde die niet is uitgekozen, de beslissing waarbij de opdracht aan een concurrent wordt toegewezen niet betwist;

Overwegende dat te dezen de verzoekende partij geen annulatieberoep heeft ingesteld tegen de beslissing van 29 april 2002 waarbij perceel nr. 3 "Elektriciteit" wordt toegewezen; dat zij zodoende elke kans om de opdracht te krijgen en bijgevolg haar belang bij het onderhavige beroep, heeft verloren,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van de algemene vergadering van de afdeling administratie van de Raad van State, op twee december tweeduizend vijf, door :

De HH.	R. ANDERSEN,	Eerste Voorzitter van de Raad van State,
	D. VERBIEST,	Kamervoorzitter,
	M. LEROY,	Kamervoorzitter,
	P. LEMMENS,	Kamervoorzitter,
	Ph. HANSE,	Staatsraad,
	P. LEWALLE,	Staatsraad,
	D. MOONS,	Staatsraad,
	J. VANHAEVERBEEK,	Staatsraad,
	J. LUST,	Staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	Staatsraad,
	P. NIHOUL,	Staatsraad,
	C. ADAMS,	Staatsraad,
Mevr.	D. LANGBEEN,	Hoofdgriffier,

De Hoofdgriffier,

De Eerste Voorzitter van de Raad van State,

D. LANGBEEN.

R. ANDERSEN.

