

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.**

**A R R E S T**

**nr. 174.131 van 29 augustus 2007  
in de zaken A. 184.825/XII-5160  
184.911/XII-5162.**

In zake :

I. + II.

de BV ARS TRAFFIC & TRANSPORT TECHNOLOGY,  
die woonplaats kiest bij  
advocaten B. Martens en B. Schutyser,  
kantoor houdende te 1050 Brussel,  
Louizalaan 106

tegen :

I. + II.

Het BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST,  
dat woonplaats kiest bij  
advocaten D. D'Hooghe en T. Van Cauter,  
kantoor houdende te 1000 Brussel,  
Loksumstraat 25.

tussenkomen de partij :

II.

de NV TEIN TELECOM,  
die woonplaats kiest bij  
advocaat T. Dewandre,  
kantoor houdende te 1000 Brussel,  
Jan Jacobsplein 5.

---

**DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER,**

Gezien het verzoekschrift dat de besloten vennootschap ARS Traffic & Transport Technology, vennootschap naar Nederlands recht, op 18 augustus 2007 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van de beslissing van 24 juli 2007 van de minister van de Brusselse hoofdstedelijke regering belast met Mobiliteit en Openbare Werken waarbij haar offerte voor de opdracht van de levering, plaatsing en inbedrijfstelling van een systeem om de passagetijden van de voertuigen te meten en van een systeem om de niet toegelaten voertuigen te detecteren in bepaalde wegentunnels, als onregelmatig wordt afgewezen (A. 184.825/XII-5160);

Gezien het verzoekschrift dat dezelfde verzoekster op 25 augustus 2007 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van de beslissing van 24 juli 2007 van de minister van de Brusselse hoofdstedelijke regering belast met Mobiliteit en Openbare Werken om de voormelde opdracht toe te wijzen aan de NV Tein Telecom (A. 184.911/XII-5162);

Gelet op het arrest nr. 174.126 van 24 augustus 2007 in de zaak A 184.825/XII-5160 waarbij de debatten worden heropend en de zaak opnieuw wordt opgeroepen op de openbare terechtzitting van 28 augustus 2007, om 16.00 uur;

Gezien de nota van de verwerende partij in de zaak A. 184.911/XII-5162;

Gelet op de beschikking van 27 augustus 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 28 augustus 2007, om 16.00 uur (A. 184.911/XII-5162);

Gezien het ter terechtzitting neergelegde verzoekschrift waarbij de NV Tein Telecom vraagt in de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te mogen tussenkomen;

Gehoord het verslag van staatsraad J. Lust in beide zaken;

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. Verlinden, die loco advocaten B. Martens en B. Schutyser verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat T. Van Cauter, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat T. Dewandre, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur L. Vermeire;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

### **WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST :**

#### *De relevante feiten*

1. Door het Brussels Hoofdstedelijk Gewest wordt een overheidsopdracht uitgeschreven, toe te wijzen via een algemene offerteaanvraag, voor de

levering, plaatsing en inbedrijfstelling van een systeem om de passagetijden van de voertuigen te meten en van een systeem om de niet toegelaten voertuigen te detecteren in bepaalde wegentunnels. Er worden zeven offertes ingediend, onder anderen door verzoekster en NV Tein Telecom.

Met een beslissing van 24 juli 2007 wijst de minister van de Brusselse hoofdstedelijke regering belast met Mobiliteit en Openbare Werken de offerte van verzoekster als onregelmatig af. Gemotiveerd wordt:

“Overwegende dat het Bestuur tot de vaststelling kwam dat de vennootschap ARS T&TT b.v. haar eigen verkoops- en leveringsvoorwaarden bij haar offerte gevoegd had en de tenuitvoerlegging van eventuele door de contractant opgelegde voorwaarden uitgesloten had;

Overwegende dat deze vermelding als een onaanvaardbaar voorbehoud beoordeeld dient te worden omdat ze een discriminatie teweegbrengt en de opsteller ervan bevoordeelt; dat ze tevens indruist tegen een aantal wezenlijke voorschriften van de opdracht; dat de onregelmatigheid derhalve als substantieel beschouwd wordt”.

De beslissing wordt aan verzoekster betekend met een brief van 3 augustus 2007, waarin onder verwijzing naar artikel 21bis, § 2, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna: de wet van 24 december 1993) wordt meegedeeld dat zij beschikt over een termijn van tien dagen na de verzendingsdatum om een beroep in te stellen en dat bij ontstentenis van de mededeling van een beroep binnen die termijn, de gunningsprocedure van de opdracht wordt voortgezet. Verzoekster ontvangt de brief op 8 augustus 2007.

Op 24 juli 2007 beslist de minister van de Brusselse hoofdstedelijke regering belast met Mobiliteit en Openbare Werken tevens om de opdracht aan NV Tein Telecom toe te wijzen. Verzoekster krijgt van die beslissing kennis op 23 augustus 2007.

### *De procedure*

2. De NV Tein Telecom verzoekt in de zaak met nr. A. 184.911 te mogen tussenkomen. Er is reden om op het verzoek in te gaan. De belangen van de vennootschap zijn kennelijk bij de zaak betrokken, nu zij de begunstigde van de toewijzing is.

3. Er is tevens grond om in te gaan op de vraag van verzoekster om de behandeling van haar beide vorderingen samen te voegen. Niet zonder overtuigingskracht immers betoogt zij, in het verzoekschrift in de zaak A. 184.911, dat haar offerte, indien deze ten onrechte blijkt afgewezen, moest zijn “meegenomen in de eigenlijke puntentoe wijzing aan de offertes”, en dat de schorsing van de eerste beslissing ook de schorsing van de tweede dient mee te brengen, om welke reden verzoekster verklaart “dat de wettigheidskritieken die zij in haar verzoekschrift dd. 18 augustus 2007 uiteenzette ten aanzien van de beslissing van de verwerende partij dd. 24 juli 2007 waarbij de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig werd beschouwd, ook gelden ten aanzien van de [...] toewijzingsbeslissing dd. 24 juli 2007”.

*De ontvankelijkheid van de zaak met nr. A. 184.825*

4. Volgens de nota van verwerende partij moet de vordering onontvankelijk worden verklaard bij gebrek aan bewijs dat verzoekster over de vereiste procesbekwaamheid beschikt. Nadat verzoekster terzake bijkomende stukken heeft voorgebracht, verklaart verwerende partij ter terechtzitting van 24 augustus 2007 zich “naar de wijsheid” te gedragen.

5. De bijgebrachte stukken weerleggen de exceptie. Zij wordt dienvolgens verworpen.

*De grondvoorwaarden voor een schorsing*

6. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden, dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen, en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is.

7. *De voorwaarde van een ernstig middel.* Verzoekster voert -in een eerste middel in de eerste zaak en in een tweede middel in de tweede zaak- de schending aan van onder meer artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (hierna: het koninklijk besluit

van 8 januari 1996). Toegelicht wordt dat er geen sprake kan zijn van een voorbehoud in de offerte van verzoekster, dat de verwijzing naar de algemene voorwaarden gebeurde in het kader van de expliciete vraag in het bestek naar de vakantiedagen en de rustdagen, waarbij moet worden opgemerkt dat de vermelding van de vakantie-dagen en de rustdagen en het betrokken bewijs was voorgeschreven op straffe van nietigheid, dat de verwijzing naar de verkoopvoorwaarden om reden van de gevraagde vakantiedagen en rustdagen niet verhinderde dat de offertes op gelijke wijze werden beoordeeld, en dat er bijgevolg verkeerdelijk melding wordt gemaakt van een “onaanvaardbaar voorbehoud”.

8. De verwerende partij reageert dat er geen enkele reden was om de algemene leverings- en verkoopvoorwaarden mee te delen, dat de mededeling van de sluitings- en inhaalrustdagen door het bestek werd opgevraagd in het kader van de toepassing van de regels van de borgstelling, dat de algemene leverings- en inkoopvoorwaarden van verzoekster niet de gevraagde informatie verschaffen, dat verzoekster een artificieel verhaal brengt ter verantwoording van een waarschijnlijke vergissing, dat de algemene leverings- en inkoopvoorwaarden een algemeen voorbehoud uitmaken, dat immers verschillende bepalingen ervan geen steun vinden in het bestek of de overheidsopdrachtenwetgeving, dat zij meestal in strijd ermee zijn en bovendien betwistingen tot gevolg zouden hebben indien de opdracht aan verzoekster werd toegewezen, en dat artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 de aanbestedende overheid net toestaat een offerte als onregelmatig en onbestaande te beschouwen indien zij van essentiële besteksbepalingen afwijkt of enig voorbehoud bevat.

De tussenkomende partij sluit zich bij dit verweer aan.

9. Luidens artikel 110, § 2, van het in het middel aangevoerd koninklijk besluit van 8 januari 1996 “kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”. Een voorbehoud lijkt te impliceren dat er in feite en in rechte aanvaardbare gegevens voorhanden zijn die het aannemelijk maken dat de inschrijver aan zijn inschrijving een voorwaarde heeft verbonden die geen steun vindt in het bestek en de regelgeving inzake overheids-opdrachten.

10. In “Bijlage nr. 4: (IV) administratieve documenten”, op blz. 32 van haar offerte, vermeldt verzoekster een reeks documenten die zij bij haar offerte voegt, en hun vindplaats. De opsomming groepeerde de documenten volgens de voorschriften waardoor ze verplicht worden gesteld. Aldus worden, volgens de bijlage, “Krachtens artikel 5” “De algemene ARS T&TT aannemingsvoorwaarden” bijgebracht. Voor de vindplaats ervan wordt verwezen naar een “bijgesloten tabel” - blijkbaar de “Bijlage nr. 4: (V) administratieve documenten”, op blz. 33 van verzoeksters offerte. Volgens die tabel steken achter tab 14: “De algemene aannemingsvoorwaarden van ARS (vakantiedagen, rustdagen)”.

Het voormeld artikel 5, krachtens hetwelk de aannemingsvoorwaarden van ARS beweerdelijk worden bijgevoegd, is het artikel 5 van de algemene aannemingsvoorwaarden, in de bijlage bij het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken. Het artikel heeft betrekking op de borgtocht die moet worden gesteld, en schrijft aangaande de termijn voor het leveren van het bewijs ervan onder meer voor dat indien het bestek het vereist, de betaalde jaarlijkse vakantiedagen en bepaalde inhaalrustdagen dienen te worden vermeld en bewezen in de offerte. Te dezen schrijft het bestek ook effectief voor, in deel 3, “Administratieve voorwaarden”, dat een lijst van deze sluitingsdagen op straffe van nietigheid bij de offerte dient gevoegd te worden.

Het voorgaande wijst in de huidige stand van zaken voorlopig uit dat de door verwerende partij gewraakte toevoeging van de leverings- en inkoopvoorwaarden (“Krachtens artikel 5”, “vakantiedagen, rustdagen”) geenszins ertoe strekt af te wijken van de bestekvoorwaarden, bijvoorbeeld door een in het bestek opgelegde verplichting te weigeren of door de aanvaarding ervan te laten afhangen van een voordeel dat niet in het bestek is bepaald. Integendeel lijkt verzoekster met de toevoeging alleen te hebben willen voldoen aan de eis in het bestek om op straffe van nietigheid de meergenoemde sluitingsdagen te vermelden en te bewijzen, en aan te tonen dat er bij haar geen dergelijke sluitingsdagen van toepassing waren. In de toevoeging een voorbehoud zien, lijkt in de gegeven omstandigheden onjuist. Daar doet op het eerste gezicht niets aan af de verklaring van verwerende partij dat “[e]en loutere mededeling van de afwezigheid van sluitingsdagen en rustdagen zou hebben volstaan”, noch de vaststelling dat de meegedeelde algemene leverings- en inkoopvoorwaarden ogenschijnlijk geen informatie over de vakantie- en inhaalrustdagen doen kennen.

11. Het middel is in de besproken mate ernstig. Het toont op het eerste gezicht de onwettigheid aan én van de beslissing om verzoeksters offerte als onregelmatig af te wijzen, én van de eindbeslissing om de betrokken opdracht aan NV Tein Telecom toe te wijzen.

12. *De voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel.* Verzoekster zet uiteen en licht toe dat zonder schorsing een uitvoering in natura van de bestreden beslissingen onmogelijk wordt, en dat de opdracht een grote waarde heeft en een belangrijke referentie uitmaakt in een zeer gespecialiseerde markt.

13. In zoverre verwerende partij in de zaak A. 184.825 tegenwerpt dat een contractsluiting mogelijk blijft aangezien de eigenlijke toewijzingsbeslissing niet werd aangevochten, is het verweer door de vordering in de zaak A. 184.911 achterhaald. Tevens wordt niet aangenomen, om de redenen die sub 15 worden vermeld, dat, zoals de tussenkomenende partij meent, verzoekster haar vordering in de zaak A. 184.825 niet tijdig genoeg heeft ingesteld en aldus geacht moet worden het nadeel zelf in de hand te hebben gewerkt.

Voor het overige wordt vastgesteld dat door de betekening van de toewijzingsbeslissing van 24 juli 2007 aan de tussenkomenende partij een overeenkomst met de verwerende partij tot stand zou komen, die het voor verzoekster bijzonder moeilijk zou maken om de opdracht zelf nog te kunnen uitvoeren. Mede gelet op het feit dat de opdracht, vanwege zijn waarde aanleiding moest geven en heeft gegeven tot een Europese bekendmaking, en bovendien een gespecialiseerde markt lijkt te betreffen, wordt de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen geacht verzoekster een moeilijk te herstellen ernstig nadeel te doen lijden.

14. *De voorwaarde van een uiterst dringende noodzakelijkheid.* Door verzoekster wordt betoogd dat verwerende partij naar verwachting binnen “zeer korte termijn” zal overgaan tot de kennisgeving van de toewijzingsbeslissing, waardoor een overeenkomst zal ontstaan en op “uiterst korte termijn” met de uitvoering van de opdracht een aanvang zal worden genomen.

15. Het verweer van verwerende partij, in de zaak A. 184.825, dat “de vereiste band van uiterst dringende noodzakelijkheid” ontbreekt omdat de toewijzingsbeslissing zelf buiten schot blijft, is zoals gezien achterhaald.

Voorts blijkt vooralsnog niet dat verzoekster in die zaak onvoldoende diligent is geweest. Weliswaar heeft zij haar vordering niet binnen de termijn van artikel 21bis, § 2, van de wet van 24 december 1993 ingesteld. De door genoemde bepaling bedoelde termijn lijkt evenwel niet te beschouwen als een bijzondere beroepstermijn voor de eventuele verzoekende partijen, maar is op het eerste gezicht alleen een termijn waarbinnen het bestuur de toewijzingsbeslissing niet mag betekenen. Waar verzoekster de beslissing om haar offerte af te wijzen pas op 8 augustus 2007 aan verzoekster besteld is geworden en zij haar vordering ertegen op 18 augustus 2007 heeft ingesteld, komt het verwijt dat zij terzake van een gebrek aan diligentie heeft doen blijken zonder grond voor.

Evenmin lijkt het op te gaan dat verzoekster te zeer heeft getalmd alvorens haar vordering tegen het toewijzingsbesluit in te stellen. De beslissing is haar pas op 23 augustus 2007 meegedeeld. Dat zij er “redelijkerwijze” reeds eerder kennis van had kunnen en moeten nemen of, meer nog, dat zij de toewijzing moest hebben aangevochten “zelfs al kende zij die beslissing niet”, wordt in de concrete omstandigheden van de zaak niet bijgevallen. Alvast in de huidige stand van de procedure blijkt niet dat verzoekster het bestaan van een dergelijke beslissing moest vermoeden, nu de 3 augustus 2007 gedateerde -en op 8 augustus 2007 ontvangen- brief bij het besluit om haar offerte af te wijzen alleen maar vermeldde dat, zonder mededeling binnen de wachtperiode dat zij een beroep instelt, “de gunningsprocedure van de opdracht voortgezet [zal] worden”.

16. Een schorsing is om de door verzoekster aangevoerde redenen intrinsiek uiterst dringend. Ook de derde en laatste grondvoorwaarde is, wat de beide vorderingen betreft, vervuld.

## **OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VAN STATE :**

### **Artikel 1.**

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Tein Telecom in de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in de zaak A 184.911/XII-5162 wordt ingewilligd.

## **Artikel 2.**

De zaken A. 184.825/XII-5160 en A. 184.911/XII-5162 worden gevoegd, wat de vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid betreft.

## **Artikel 3.**

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van :

- 1/ de beslissing van 24 juli 2007 van de minister van de Brusselse hoofdstedelijke regering belast met Mobiliteit en Openbare Werken waarbij de offerte van de besloten vennootschap ARS Traffic & Transport Technology voor de opdracht van de levering, plaatsing en inbedrijfstelling van een systeem om de passagetijden van de voertuigen te meten en van een systeem om de niet toegelaten voertuigen te detecteren in bepaalde wegentunnels, als onregelmatig wordt afgewezen, en van
- 2/ de beslissing van 24 juli 2007 van dezelfde minister om de voormelde opdracht toe te wijzen aan de NV Tein Telecom.

## **Artikel 4.**

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid in de zaak A. 184.911/XII-5162, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op negentwintig augustus 2007, door :

|       |             |                                   |
|-------|-------------|-----------------------------------|
| de H. | J. LUST,    | wnd. kamervoorzitter, staatsraad, |
| Mevr. | A. TRUYENS, | griffier.                         |

**De griffier,**

**De voorzitter,**

**A. TRUYENS.**

**J. LUST.**