

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 203.349 van 29 april 2010
in de zaak A.196.089/XII-6161**

In zake: de NV BREE SOLUTIONS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA SIBELGA, intercommunale onder de vorm van een
coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrik De Maeyer Michel Kaiser
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV DEME ENVIRONMENTAL CONTRACTORS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Barteld Schutyser
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 136
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 april 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing d.d. 18 maart 2010, aan verzoekende partij ter kennis gebracht bij aangetekend schrijven d.d. 19 maart 2010, van verwerende partij, waarbij de overheidsopdracht voor de aanneming van werken ‘Bodemsanering Parking F’ wordt toegewezen aan een niet nader geïdentificeerde onderneming ‘J’”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 april 2010, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Patrik De Maeyer, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Barteld Schutyser, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven, behalve wat de kosten betreft.

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. De intercommunale cvba Sibelga schrijft een overheidsopdracht uit voor werken, namelijk de bodemsanering van een parking. De gekozen gunningswijze is de onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

Op 2 april 2010 wordt de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld.

Met een aangetekende brief van 7 april 2010, waarin wordt verwezen naar een toewijzingsbeslissing van 18 maart 2010, wordt aan de gekozen inschrijver, de verzoekende partij tot tussenkomst, medegedeeld dat haar offerte werd “weerhouden”.

IV. Tussenkomen

4. Met een op 15 april 2010 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de nv Deme Environmental Contractors om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

5. Overeenkomstig 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 uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

VI. Beoordeling van de derde schorsingsvoorwaarde

6. Wat de vereiste van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel betreft voert de verzoekende partij in wezen aan dat zij rechtsherstel in natura nastreeft en de overheidsopdracht zelf wil uitvoeren. Zij verwijst in dit verband naar de financiële waarde van de opdracht en de referentiewaarde van het project.

7. De Raad van State dient in de huidige stand van de zaak vast te stellen dat er met het voormelde schrijven van 7 april 2010 van Sibelga aan de nv Deme Environmental Contractors een overeenkomst tussen die partijen lijkt te zijn totstandgekomen.

Aldus zou de gevraagde schorsing in elk geval niet de schorsing meebrengen van de voormelde overeenkomst aangezien het tot de uitsluitende bevoegdheid van de gewone rechtbanken behoort om de uitvoering van een overeenkomst te schorsen. Bijgevolg kan het nadeel waardoor de verzoekende partij stelt te worden bedreigd, namelijk de opdracht niet zelf te kunnen uitvoeren, niet

worden geweerd door een schorsingsarrest van de Raad van State, aangezien zelfs bij een dergelijke schorsing het bestaan van de voormelde overeenkomst verhindert dat de verzoekende partij een nieuwe kans krijgt om de betrokken werken zelf uit te voeren.

8. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat niet is voldaan aan de derde van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die cumulatief moeten zijn vervuld wil een vordering tot schorsing worden toegewezen. Deze vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te verwerpen.

VII. Kosten

9. De verzoekende partij vraagt om de kosten van de vordering tot schorsing ten laste van de verwerende partij te leggen. Op dat verzoek wordt ingegaan om de volgende redenen.

10. Met een blijkbaar aangetekend met ontvangstbewijs verzonden brief van 19 maart 2010 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat geen gunstig gevolg kon worden gegeven aan haar offerte. De verwerende partij stelt voorts in dit schrijven:

“Wij herinneren U eraan dat u over een termijn van 15 kalenderdagen beschikt, te tellen vanaf de eerste dag volgend op de verzenddatum van deze brief om eventueel beroep aan te tekenen wij een rechtscollège. Dit kan uitsluitend in het kader van, al naargelang, een procedure in kort geding voor de justitiële rechter of voor de Raad van State via een procedure van uiterst dringende noodzakelijkheid”.

In een omstandige via faxbericht en blijkbaar ook aangetekend verzonden brief van 30 maart 2010 antwoordt de raadsman van de verzoekende partij dat de opdracht, gelet op de geraamde waarde ervan (485.000 euro) niet valt binnen het toepassingsgebied van de verplichte wachtperiode opgenomen in het te dezen nog relevante artikel 41sexies, § 2, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en stelt zij dat op basis van “vaste” rechtspraak van de Raad van State te dezen dan ook geen toepassing kan worden gemaakt van de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid die een uitzonderingsprocedure is en enkel kan worden toegepast in de dossiers waarin de wet deze procedure

uitdrukkelijk voorschrijft. De verzoekende partij vraagt verwerende partij uiterlijk 31 maart 2010 om 16 u officieel te bevestigen dat zij de afhandeling van de gewone schorsingsprocedure zal afwachten alvorens over te gaan tot betekening van de toewijzingsbeslissing aan de gekozen inschrijver. Anders zal alsnog een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State worden ingesteld.

In een blijkbaar via faxbericht en aangetekend verzonden antwoordbrief van 31 maart 2010 stelt de verwerende partij enkel vast dat artikel 41 sexies, § 2 van de wet van 24 december 1993, gezien de waarde van de opdracht inderdaad niet van toepassing is.

Vervolgens dient de verzoekende partij op 2 april 2010 haar vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in. Door de verwerende partij wordt ter terechtzitting niet betwist dat de verzoekende partij haar die vordering diezelfde dag meedeelde

De griffie van de Raad van State geeft daarop met een faxbericht van 6 april 2001 ervan kennis aan de verwerende partij dat de terechtzitting zal plaatsvinden op 22 april 2010.

Met de reeds vermelde brief van 7 april 2010 geeft de verwerende partij kennis van de toewijzing aan de gekozen inschrijver.

11. De verwerende partij heeft het contract tot stand doen komen door op 7 april 2010 de toewijzing te betekenen, dit is nadat zij zowel door de verzoekende partij als door de Raad van State op de hoogte was gebracht van een tegen de tenuitvoerlegging van die toewijzingsbeslissing ingestelde vordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Zulks lijkt strijdig met de verplichting tot zorgvuldigheid en fair-play die van een overheid in een rechtsstaat moet worden verwacht. De wetgever heeft gelet op artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State principieel gewild dat de enige rechter die akten of reglementen in hun tenuitvoerlegging schorst, de Raad van State is. De verwerende partij heeft door haar handelwijze bewerkstelligd dat de verzoekende partij te dezen van een effectieve voorziening bij haar natuurlijke rechter is afgehouden, en tot een nutteloze procedure is verplicht geworden, gelet op de vaste rechtspraak waarbij

geen schorsing meer wordt uitgesproken na de totstandkoming van de overeenkomst.

De verwerende partij heeft geen overtuigende argumenten aangebracht, op grond waarvan zou moeten worden aangenomen dat zij tot dringende betekening van de toewijzingsbeslissing genoodzaakt was, nu de in het bestek voorziene aanvangsdatum van de werken - 1 april 2010 - zelfs reeds zou zijn overschreden indien zij zich had gehouden aan de door haar eerst in het vooruitzicht gestelde wachttermijn van vijftien dagen.

In die omstandigheden dient de verwerende partij tot de kosten te worden veroordeeld.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Deme Environmental Contractors tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 29 april 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest